

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité civile des médias

Jacquemin, Hervé; Montero, Etienne

Published in:

Responsabilités : traité théorique et pratique

Publication date:

2003

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H & Montero, E 2003, La responsabilité civile des médias. Dans *Responsabilités : traité théorique et pratique*. Kluwer, Bruxelles.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Chapitre 1. Le contexte normatif – Les sources de la liberté d'expression

SECTION 1. APERÇU GÉNÉRAL DES TEXTES EUROPÉENS ET INTERNATIONAUX

8. La Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948¹, proclame en son article 19 que 'tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontière, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit'. Cet instrument est dépourvu de valeur juridique contraignante mais les droits et libertés consacrés, notamment la liberté d'expression, furent incorporés dans l'ordre juridique international. Ainsi, l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, objet de longs développements dans la section suivante, s'en inspire largement.

9. Près de vingt années plus tard, et toujours sous l'égide des Nations Unies, est approuvé le Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques². Celui-ci distingue les libertés d'opinion et d'expression et les consacre dans des paragraphes différents (art. 19, § 1^{er}, pour la liberté d'opinion et art. 19, § 2, pour la liberté d'expression), de telle sorte que les restrictions énoncées au § 3 ne s'appliquent qu'à la liberté d'expression³. Ne seront admises que les ingérences expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires pour atteindre les objectifs fixés par la disposition précitée⁴. Ceux-ci sont moins nombreux que dans la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui pourrait laisser croire que les Etats sont soumis à des obligations plus strictes en vertu du Pacte. Il n'en est rien: les notions d'ordre public ou de droits et de réputation d'autrui sont assez larges pour recouvrir les objectifs protégés par l'article 10, § 2, de la Convention européenne⁵.

10. Dans le cadre de l'Union européenne, il y a lieu de mentionner la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000⁶ qui garantit, en son article 11, § 1^{er}, la liberté d'expression et d'information. Le paragraphe 2 prévoit, quant à lui, que la liberté des médias et leur pluralisme doivent être respectés. Des restrictions peuvent également être admises, pour autant qu'elles soient prescrites par la loi et nécessaires 'dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs' (art. 31 de la Charte). Par application de

1. Publiée au *M.B.* du 31 mars 1949.

2. Approuvé par la loi belge du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juill. 1983.

3. Ce régime semble apparemment distinct de celui mis en place par la Convention européenne des droits de l'homme. En réalité, la liberté d'opinion se confond avec la liberté de pensée (art. 9 de la Convention européenne). Dès lors que cette dernière ne peut faire l'objet de restrictions, il en va de même pour la liberté d'opinion (J. VELU et R. ERGEC, 'La Convention européenne des droits de l'homme', *R.P.D.B.*, 1990, compl. VII, Bruxelles, Bruylant, p. 360, n° 734).

4. Les restrictions doivent être nécessaires 'a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui; b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique' (art. 19, § 3, du Pacte).

5. J. VELU et R. ERGEC, *o.c.*, p. 361, n° 735.

6. *J.O.C.E.*, C 364, 18 déc. 2000. Pour un commentaire de celle-ci, voir J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER (sous la dir. de), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

l'article 52, § 3, de la Charte, le droit à la liberté d'expression a une portée et un sens identiques à ceux de la Convention européenne des droits de l'homme. Les limitations qui peuvent être apportées à ce droit ne peuvent donc excéder celles prévues au paragraphe 2 de l'article 10. En vertu du droit communautaire de la concurrence, les Etats pourraient néanmoins instaurer les régimes d'autorisation visés à l'article 10, § 1^{er}, 3^e phrase.

11. Enfin, au niveau du Conseil de l'Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹ constitue sans conteste une source incontournable. A ce titre, elle est amplement étudiée dans la section suivante, de même que la jurisprudence de la Cour. Tant la Convention que les arrêts de la Haute Juridiction de Strasbourg s'imposent aux Etats et aux juridictions nationales et ont dès lors une influence significative sur la position des cours et tribunaux en matière de responsabilité civile des médias.

SECTION 2. L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

12. Consacrée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales², la liberté d'expression constitue 'l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun' et 'sous réserve du paragraphe 2, elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique'³. En ces termes, la Haute Juridiction strasbourgeoise insiste sur l'import-

1. Signée à Rome le 4 nov. 1950 et approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, *Errat.*, *M.B.*, 29 juin 1961.
2. A ce sujet, voir J. VELU et R. ERGEC, 'La Convention européenne des droits de l'homme', *R.P.D.B.*, 1990, compl. VII, Bruxelles, Bruylant, pp. 358 et s., n^{os} 730 et s.; F. RIGAUD, 'La liberté d'expression et ses limites', *Rev. trim. D.H.*, 1995, pp. 401 et s.; G. COHEN-JONATHAN, 'Article 10', in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (sous la dir. de), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 365 et s.; H. LECLERC, 'Les principes de la liberté d'expression et la Cour européenne des droits de l'homme', *Légipresse*, 1999, n^o 167-II, p. 145; R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, CPDK Libri 8, Gand, Mys & Breesch, 2000, pp. 156 et s., n^{os} 263 et s.; R. CLAYTON et H. TOMLINSON, *The Law of Human Rights*, vol. 1, New-York, Oxford, 2000, n^{os} 15.137 et s.; P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., La Haye, Kluwer, 1998, pp. 558 et s.; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 2000, 7^e éd., pp. 447 et s.; D. VOORHOOF, 'Het Europese 'First Amendment' – De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM (1996 – juli 1999) deel 1 en 2', *Mediaforum*, 1999, pp. 264 et s. et pp. 304 et s.; C. OVEY et R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, New-York, Oxford, 2002, 3^e éd., pp. 276 et s.; R. ERGEC et P.-F. DOCQUIR, 'Examen de jurisprudence (1995-2000). La Convention européenne des droits de l'homme', *R.C.J.B.*, 2002, pp. 197-209, n^{os} 181-199; S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001*, Dossier du J.T., Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 163-179.
3. Cour eur. D.H., arrêt *Handyside* du 7 déc. 1976, § 49; Cour eur. D.H., arrêt *Lingens* du 8 juill. 1986, *J.L.M.B.*, 2000, p. 5, § 41, obs. F. JONGEN; Cour eur. D.H., arrêt *Oberschlick c. l'Autriche* du 23 mai 1991, *R.U.D.H.*, 1991, p. 389, *Rev. trim. D.H.*, 1992, p. 379, § 57, obs. P. LAMBERT; Cour eur. D.H., arrêt *Observer et Guardian c. le Royaume-Uni* du 26 nov. 1991, *Mediaforum*, 1992, p. 103, *R.U.D.H.*, 1992, p. 10, § 59; Cour eur. D.H., arrêt *Castells c. l'Espagne* du 23 avril 1992, *R.U.D.H.*, 1992, p. 234, *Mediaforum*, 1992, p. 69, *E.L.Rev.*, 1992, p. 471, *Public. Cour eur. D.H.*, 1992, série A, n^o 236, § 63; récemment, voir Cour eur. D.H., arrêt *Association Ekin c. la France* du 17 juill. 2001, *Mediaforum*, 2001, p. 270, note A. NIEUWENHUIS, § 19; Cour eur. D.H., arrêt *A. Perna c. l'Italie* du 25 juill. 2001, *Journ. proc.*, 16 nov. 2001, p. 22, § 38; Cour eur. D.H., arrêt *E.K. c. la Turquie* du 7 févr. 2002, *Juristenkrant*, 2002 (reflet D. VOORHOOF), liv. 45, p. 12, § 69; Cour eur. D.H., arrêt *Dichand et autres c. l'Autriche* du 26 févr. 2002, précité, *NJB*, 2002, liv. 16, p. 801, § 37.

tance qu'elle accorde à cette liberté qui, faut-il le rappeler, est 'la condition d'applicabilité de toutes les autres'¹.

13. Dans un premier temps, nous nous attachons à rappeler le principe énoncé à l'article 10, en délimitant son contenu et son champ d'application (§ 1) pour déterminer ensuite sous quelles conditions une ingérence dans l'exercice de cette liberté peut être admise (§ 2). En effet, si la liberté d'expression est l'un des fondements de toute société démocratique, son usage inconsidéré ou abusif peut faire craindre de grands dangers pour la liberté d'autrui ou la protection de la morale². Enfin, divers thèmes particuliers sont abordés pour tâcher de préciser le régime applicable à la matière qui nous intéresse, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (§ 3).

§ 1. Le principe de la liberté d'expression: l'article 10, § 1^{er}, de la Convention

A. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

14. Il est de coutume de distinguer, parmi les composantes de la liberté d'expression, la liberté d'information et la liberté d'opinion.

15. La liberté d'information concerne le droit de recevoir ou de communiquer des informations sans considération de frontière³. La Cour a ainsi précisé, en parlant de la presse, qu' 'à sa fonction qui consiste à diffuser [des idées et des informations] s'ajoute le droit du public d'en recevoir'⁴. Il s'agit donc de deux droits distincts⁵: un orateur a le droit d'exprimer ses vues et un auditeur celui de les écouter. Quant aux autorités publiques, elles sont tenues de ne pas porter atteinte à la liberté de communiquer ou recevoir des informations – obligation négative – et de garantir la libre circulation de ces informations – obligation positive⁶. On ne saurait toutefois contraindre l'Etat à collecter et diffuser, *motu proprio*, des informations en vertu de cette dernière obligation⁷.

16. Quant à la liberté d'opinion, elle vise le droit d'avoir des avis, des idées et de les faire connaître, de les exprimer⁸. Par ailleurs, elle ne suscite pas de problème spécifique dans la mesure où l'article 9 de la Convention consacre la liberté de

1. Sans elle en effet, comment imaginer que la violation d'autres droits et libertés soit dénoncée? En ce sens, F. JONGEN, 'Le message publicitaire', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Markt Intern Verlag GmbH et Beermann c. la R.F.A.* du 20 nov. 1989, *Rev. trim. D.H.*, 1991, p. 204.

2. L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 416-417, n° 542.

3. Ce caractère transfrontière est mis en évidence dans les arrêts *Groppera* et *Autronic* (F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1995, pp. 226-227, n° 260).

4. Cour eur. D.H., arrêt *Lingens* du 8 juill. 1986, *J.L.M.B.*, 2000, p. 5, § 42, obs. F. JONGEN.

5. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times n° 1* du 26 avril 1979, *Rechtspraak Media- en Informatierecht*, 1996, p. 9, note E. ALKEMA, § 65-66. Voir aussi R. CLAYTON et H. TOMLINSON, *o.c.*, n° 15.149.

6. F. SUDRE, *o.c.*, p. 226, n° 160. Au titre de cette obligation positive, la Cour retient ainsi la violation par la Turquie de l'article 10 au motif que 'l'Etat défendeur n'a pas pris les mesures de protection et d'enquête adéquates pour préserver le droit d'Ozgür Gündem à la liberté d'expression, et qu'il a imposé au quotidien certaines mesures, à savoir l'opération de perquisitions et d'arrestation du 10 décembre 1993, ainsi que de nombreuses poursuites et condamnations concernant certaines éditions du journal, qui étaient disproportionnées et injustifiées pour atteindre quelque but légitime que ce fut, l'accumulation de ces facteurs ayant contraint le journal à cesser de paraître' (Cour eur. D.H., arrêt *Özgür Gündem c. la Turquie* du 16 mars 2000, *Mediaforum*, 2000, p. 165, note A. NIEUWENHUIS, *NJB*, 2000, p. 1022, *Rev. trim. D.H.*, 2001, p. 95, obs. P. DE FONTBRESSIN, § 20).

7. F. JONGEN, 'La critique du politique par la presse', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Lingens* du 8 juill. 1986, *J.L.M.B.*, 2000, p. 13; voir aussi N. MALLET-POUJOL, 'Le double langage du droit à l'information', *Dalloz*, 2002, *Chron.*, p. 2420.

8. L. FAVOREU et alii, *o.c.*, pp. 417-418, n° 543.

pensée et que ‘le plus souvent, la liberté d’expression présuppose une opinion que l’individu s’est forgée auparavant’¹.

B. TITULAIRES ET DOMAINE D’APPLICATION

17. Il est admis que toute personne – physique ou morale² – relevant de la juridiction d’un Etat partie à la Convention peut revendiquer le respect de la liberté d’expression et ce, tant à l’égard d’une autorité publique que d’une personne privée³. Appliquant ce principe en matière de relations de travail, la Cour reconnut que la liberté d’expression telle que consacrée à l’article 10 ‘s’impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public mais peut également s’appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé. En outre, dans certains cas, l’Etat a l’obligation positive de protéger le droit à la liberté d’expression contre des atteintes provenant même des personnes privées⁴. La Cour a également décidé que les garanties prévues par la Convention s’étendaient aux fonctionnaires⁵.

18. Les opinions et informations peuvent être exprimées de diverses manières : oralement ou par écrit, à travers l’art⁶, la musique, des programmes de télévision, des films⁷, des vidéos⁸ ou même les gestes⁹.

Elles peuvent avoir pour objet la politique¹⁰, l’expression artistique¹¹, les relations commerciales¹², la vie culturelle ou scientifique : de manière générale, on considère qu’elles peuvent concerner tous les domaines de la vie sociale¹³. La protection s’étend non seulement aux opinions, informations ou idées, mais aussi

1. J. VELU et R. ERGEC, *o.c.*, p. 363, n° 745.
2. La Cour a affirmé ce principe dans son arrêt *Autronic AG* du 22 mai 1990, précisant qu’une personne morale à but lucratif pouvait se prévaloir de la liberté d’expression. Voir aussi J. VELU et R. ERGEC, *o.c.*, p. 361, n° 738; G. COHEN-JONATHAN, ‘Article 10’, *o.c.*, p. 378.
3. La doctrine est en effet d’avis que l’article 10 s’applique aussi dans les relations entre personnes privées (G. COHEN-JONATHAN, ‘Art. 10’, *o.c.*, p. 369; J. VELU et R. ERGEC, *o.c.*, p. 361, n° 738).
4. Cour eur. D.H., arrêt *Fuentes Bobo c. l’Espagne* du 29 févr. 2000, *J.T.-dr. eur.*, 2000, p. 93, *Mediaforum*, 2000, p. 293, note E. VERHULP, *R.U.D.H.*, 2000, p. 385, § 38 et *mutatis mutandis* Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster* du 26 juin 1981, § 55.
5. Cour eur. D.H., arrêt *Vogt c. l’Allemagne* du 26 sept. 1995, *J.T.-dr. eur.*, 1995, p. 211, *R.U.D.H.*, 1995, p. 314, *Public. Cour eur. D.H.*, 1996, série A, n° 323, *Rev. trim. D.H.*, 1996, p. 391, § 43, obs. F. SUDRE.
6. Voir Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autres* du 24 mai 1988, *NJB*, 1988, p. 983 pour l’hypothèse d’une exposition de tableaux jugés obscènes.
7. Voir Cour eur. D.H., arrêt *Otto Preminger-Institut c. l’Autriche* du 20 sept. 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, 1995, série A, n° 295-A, *Jaarboek Mensenrechten*, 1994-1995, p. 205, note D. VOORHOOF, *J.T.-dr. eur.*, 1994, p. 201, *R.U.D.H.*, 1994, p. 463, note P. WASCHMANN, *Rev. trim. D.H.*, 1995, p. 455.
8. Voir Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. le Royaume-Uni* du 25 nov. 1996, *AM*, 1997, p. 187, note D. VOORHOOF, *Mediaforum*, 1997, p. 17, note T. SCHIPHOF, *NJB*, 1997, p. 856; *Rec. Cour eur. D.H.*, 1996, V, p. 1937, *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 713, obs. J.-M. LARRALDE.
9. J. VELU et R. ERGEC, *o.c.*, p. 362, n° 740.
10. Voir p. ex. Cour eur. D.H., arrêt *Bouwman c. le Royaume-Uni* du 19 févr. 1998, *Mediaforum*, 1998, p. 125, *R.W.*, 2000-2001, p. 276; *Rec. Cour eur. D.H.*, 1998, I, p. 175, *Rev. trim. D.H.*, 2000, p. 43, obs. P. LEVINET; Cour eur. D.H., arrêt *Thorgeir Thorgeirson c. l’Islande* du 25 juin 1992, *Mediaforum*, 1992, p. 88, *R.U.D.H.*, 1992, p. 485, *Public. Cour eur. D.H.*, 1992, série A, n° 239; Cour eur. D.H., arrêt *Schwabe c. l’Autriche* du 28 août 1992, *R.U.D.H.*, 1993, p. 1791, *Public. Cour eur. D.H.*, 1993, série A, n° 242-B.
11. Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autres* du 24 mai 1988, précité; Cour eur. D.H., arrêt *Otto Preminger-Institut c. l’Autriche* du 20 sept. 1994, précité.
12. Cour eur. D.H., arrêt *Markt Intern Verlag GmbH et Beermann c. la R.F.A.* du 20 nov. 1989, *D.C.C.R.*, 1991-1992, p. 944, note F. RIGAUX, *Mediaforum*, 1990, p. 5, *Rev. trim. D.H.*, 1991, p. 203, obs. F. JONGEN; Cour eur. D.H., arrêt *Casado Coca c. l’Espagne* du 24 févr. 1994, *R.U.D.H.*, 1994, p. 191, *J.L.M.B.*, 1995, p. 332, note L. MISSON, *Public. Cour eur. D.H.*, 1994, série A, n° 285-A, *Rev. trim. D.H.*, 1995, p. 69, note M.A. HALPERIN; Cour eur. D.H., arrêt *Jacobowski c. l’Allemagne* du 23 juin 1994, *Public. Cour eur. D.H.*, 1994, série A, n° 291-A, *R.U.D.H.*, 1995, p. 30, *Rev. trim. D.H.*, 1995, p. 647, obs. A. SCHAUS. Voir aussi M.A. HALPERIN, ‘Liberté d’expression, professions libérales et publicité commerciale’, obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Casado Coca c. l’Espagne* du 24 févr. 1994, *Rev. trim. D.H.*, 1995, pp. 75 et s.; A. SCHAUS, ‘Le droit à la liberté d’expression en matière commerciale’, obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Jacobowski c. l’Allemagne* du 23 juin 1994, *Rev. trim. D.H.*, 1995, p. 650.
13. R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l’homme*, CPDK Libri 8, Gand, Mys & Breesch, 2000, p. 157, n° 263.

aux ‘moyens de transmission ou de captation, car toute restriction à ceux-ci touche le droit de recevoir ou de communiquer des informations’¹.

Bref, la liberté d’expression se définit par son mode de formulation : peu importe le contenu de l’information, sa nature ou son importance².

C. APPLICATION DE L’ARTICLE 10 AUX ORGANES DE RADIO ET DE TÉLÉVISION

19. En vertu de la troisième phrase de l’article 10, § 1^{er}, les Etats peuvent soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d’autorisation. Les aspects techniques en particulier sont visés³. Un certain nombre de considérations peuvent entrer en ligne de compte et conditionner l’octroi ou le refus de l’autorisation. Parmi celles-ci, mentionnons ‘la nature et les objectifs d’une future station, ses possibilités d’insertion au niveau régional, national ou local, les droits et les besoins d’un public donné, ainsi que les obligations issues d’instruments juridiques internationaux’⁴. Toujours est-il que ces mesures d’autorisation demeurent soumises aux exigences du § 2, ‘sans quoi on aboutirait à un résultat contraire à l’objet et au but de l’article 10 considéré dans son ensemble’⁵.

§ 2. Restrictions à la liberté d’expression : l’article 10, § 2, de la Convention

INTRODUCTION

20. Nonobstant la formulation de l’article 10, § 2, qui, comparée à celle des paragraphes 2 des articles 8, 9 et 11 de la Convention, semble autoriser des exceptions plus étendues au principe énoncé au premier paragraphe⁶, la liberté d’expression constitue un droit fondamental ‘assorti d’exceptions qui appellent une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante’⁷.

21. Outre les exceptions spécifiquement prévues par le paragraphe 2 de l’article 10, il faut aussi mentionner celles fondées sur les règles générales de la

1. Cour eur. D.H., arrêt *Autronic* du 22 mai 1990, *NJB*, 1990 (reflet), p. 1171, *Rechtspraak Media- en Informatierecht*, 1996, p. 45, note A. ALKEMA, § 147. Cette extension du champ d’application aux supports fut par ailleurs confirmée par Cour eur. D.H., arrêt *Fressoz et Roire c. la France* du 21 janv. 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 884, *J.T.*, 1999, p. 188, note P. LAMBERT, *Mediaforum*, 1999, p. 83, *NJB*, 1999 (reflet), p. 308, *R.U.D.H.*, 1999, p. 10, *Rev. trim. D.H.*, 1999, p. 673, obs. C. BIGOT.

2. Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autres* du 24 mai 1988, précité, § 27 ; F. SUDRE, *o.c.*, pp. 225-226, n° 160.

3. Cour eur. D.H., arrêt *Groppera Radio AG et autres* du 28 mars 1990, *Mediaforum*, 1990, liv. 5, p. 42, *NJB*, 1990, p. 641, note N. VAN EIJK, *Rechtspraak Media- en Informatierecht*, 1996, p. 39, note E. ALKEMA, § 61.

4. Cour eur. D.H., arrêt *Informationsverein Lentia et autres c. l’Autriche* du 24 nov. 1993, *R.U.D.H.*, 1993, p. 389, *Public. Cour eur. D.H.*, 1994, série A, n° 276, § 32 ; Cour eur. D.H., arrêt *Radio ABC c. l’Autriche* du 23 sept. 1997, *Mediaforum*, 1998, p. 15, note W. HINS, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1997, VI, p. 2188, § 15.

5. Cour eur. D.H., arrêt *Groppera Radio AG et autres* du 28 mars 1990, précité, § 61 ; Cour eur. D.H., arrêt *Informationsverein Lentia et autres c. l’Autriche* du 24 nov. 1993, précité, § 32. Voir aussi sur le sujet L.-E. PETTITI, ‘Liberté d’expression et nouvelles technologies de l’audiovisuel’, *Liber amicorum Marc-André EISSEN*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1995, pp. 319 et s.

6. J. VELU et R. ERGEC, *o.c.*, p. 365, n° 753.

7. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times n° 1* du 26 avril 1979, précité, § 65 ; Cour eur. D.H., arrêt *Handyside* du 7 déc. 1976, § 137 ; Cour eur. D.H., arrêt *Observer et Guardian c. le Royaume-Uni* du 24 oct. 1991, précité, § 59 ; récemment, voir Cour eur. D.H., arrêt *Thoma c. le Luxembourg* du 29 mars 2001, *Mediaforum*, 2001, p. 165, note G. KEMPER, *Rev. trim. D.H.*, 2002, p. 203, obs. D. SPIELMAN, § 43 ; Cour eur. D.H., arrêt *De Diego Nafria c. l’Espagne* du 14 mars 2002, *NJB*, 2002 (reflet), liv. 18, p. 899, § 34 ; Cour eur. D.H., arrêt *Fuentes Bobo c. l’Espagne* du 29 févr. 2000, précité, § 43 ; Cour eur. D.H., arrêt *Gaweda c. la Pologne* du 14 mars 2002, § 32.

Convention ou résultant du conflit entre la liberté d'expression et d'autres droits et libertés également reconnus.

L'exercice de la liberté d'expression peut ainsi être limité en vertu des règles générales de la Convention¹, telles que l'article 15 qui autorise les Etats, en cas d'état d'urgence – guerres ou autres dangers publics – à déroger aux obligations prévues par la Convention ou l'article 16 permettant d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers². Citons aussi l'article 17 qui interdit aux groupements et aux individus de se livrer à une activité visant la destruction des droits garantis³. On peut synthétiser ce dernier principe par le slogan 'pas de liberté pour les ennemis de la liberté'⁴.

De même, la liberté d'expression pourra entrer en conflit avec d'autres droits ou libertés consacrés par la Convention, tels le droit à un procès équitable (art. 6, § 1^{er}), la présomption d'innocence (art. 6, § 2), le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (art. 8), etc. Il conviendra alors de pondérer les intérêts et trouver un point d'équilibre qui concilie les libertés en présence⁵. Certains auteurs estiment à cet égard que 'l'exception tirée du conflit de droits ou d'intérêts doit en définitive être appréciée au regard du seul article 10, § 2, de la Convention, qui constitue une grille de lecture obligatoire'⁶. Ils invoquent à l'appui de cette thèse différents arrêts de la Cour, dans lesquels celle-ci précise qu'elle ne se trouve pas 'devant un choix entre deux principes antinomiques, mais devant un principe – la liberté d'expression – assorti d'exceptions qui appellent une interprétation étroite'⁷.

22. Toute ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression est considérée comme une violation de la Convention dès l'instant où elle ne respecte pas les conditions énumérées à l'article 10, § 2, à savoir qu'elle soit 'prévues par la loi' (A), qu'elle poursuive l'un des buts légitimes énumérés à l'article 10 (B) et qu'elle 'constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique' (C). L'étude de la jurisprudence de la Cour nous apprend que c'est principalement le caractère de nécessité qui a posé problème, les autres éléments ne faisant généralement pas l'objet de controverses. Le schéma de raisonnement de la Cour est toujours le

1. J. VELU, 'Propos sur les normes européennes applicables aux relations entre la justice et la presse', *Bull.*, 1996, p. 18, n° 10; G. COHEN-JONATHAN, 'Article 10', *o.c.*, pp. 386-387.

2. Sur ce point, voir J.-F. FLAUSS, 'Liberté d'expression, politique des étrangers et protection des droits fondamentaux dans les territoires d'outre-mer', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Piermont c. la France* du 27 avril 1995, *Rev. trim. D.H.*, 1996, pp. 373-375.

3. Dans l'affaire *Lehideux* (Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Irseni c. la France* du 23 sept. 1998, *AM*, 1999, p. 440, note F. RINGELHEIM, *Mediaforum*, 1999, p. 13, note A. NIEUWENHUIS, *R.U.D.H.*, 1998, p. 152, *Rev. trim. D.H.*, 1999, p. 351, obs. G. COHEN-JONATHAN), le Gouvernement français estimait que la publication litigieuse, valorisant les qualités du Maréchal Pétain 'portait atteinte à l'esprit même de la Convention et aux valeurs essentielles de la démocratie' (§ 35). La Cour déclara préférer examiner le respect de l'article 10 avant de statuer sur l'article 17. 'Elle le dit, mais n'en fera rien...' (G. COHEN-JONATHAN, 'L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Irseni c. la France* du 23 sept. 1998, *Rev. trim. D.H.*, 1999, p. 370).

4. S. PEYROU-PISTOULEY, 'L'extension regrettable de la liberté d'expression à l'insulte', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Oberschlick c. l'Autriche* n° 2 du 1^{er} juill. 1997, *Rev. trim. D.H.*, 1998, p. 600. Selon l'auteur, dans l'arrêt annoté, en se référant implicitement et de manière ambiguë à l'article 17, la Cour aurait 'perdu une occasion de faire œuvre prétorienne en consacrant en quelque sorte un 'effet horizontal' de l'article 17, permettant à quiconque en lutte contre les ennemis de la liberté de s'affranchir des restrictions posées par la Convention à l'exercice des libertés garanties par celle-ci' (*ibid.*, p. 602).

5. J. VELU, *o.c.*, p. 32, n° 23; R. ERGEC, 'La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire', *Rev. trim. D.H.*, 1993, p. 178; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 108, n°s 225-226.

6. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, pp. 108-109, n° 226.

7. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times* n° 1 du 26 avril 1979, précité, § 65. Voir également Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. le Royaume-Uni* du 25 nov. 1996, précité (conflit avec le droit à la liberté de culte); Cour eur. D.H., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. l'Irlande* du 29 oct. 1992, *R.U.D.H.*, 1992, p. 469, *Mediaforum*, 1993, p. 41, *Public. Cour eur. D.H.*, 1993, série A, n° 246-A, *Rev. trim. D.H.*, 1993, p. 335, obs. F. RIGAUX (conflit avec le droit à la vie); Cour eur. D.H., arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. la Norvège* du 20 mai 1999, *J.T.-dr. eur.*, 1999, *Mediaforum*, 1999, p. 230, note A. NIEUWENHUIS, *R.U.D.H.*, 1999, p. 154 (conflit avec le droit à l'honneur et à la réputation).

même: après avoir constaté l'ingérence, sous la forme de 'formalités, conditions, restrictions ou sanctions', elle passe en revue les différentes conditions.

A. L'INGÉRENCE DOIT ÊTRE PRÉVUE PAR LA LOI

23. Le terme de loi doit s'entendre dans son acception matérielle et non formelle¹ et comprend aussi bien la loi qui émane du Parlement que des textes de rang *infra-législatif*². De même, elle englobe le droit écrit comme le droit non écrit³, ce qui autorise les restrictions fondées sur le droit coutumier⁴ ou la jurisprudence, aussi bien dans les pays de *Common Law* que dans les pays continentaux⁵. Les normes internationales peuvent aussi être prises en compte⁶.

La Cour a par ailleurs précisé les exigences que devait remplir cette loi: l'accessibilité et la prévisibilité. Elle souligne que ces notions dépendent 'dans une large mesure du contenu du texte en question, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires'⁷. Les deux critères furent énoncés avec clarté dans le célèbre arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979⁸: pour ce qui est de l'accessibilité, 'le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné'; quant à la prévisibilité, la Cour stipule que la norme doit être 'énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s'entourant au besoin de conseils éclairés; il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé'. La Cour ajoute que les normes n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue: 'l'expérience révèle une telle certitude hors d'atteinte. En outre, [celle-ci], bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or, le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique'⁹.

24. Quiconque abuse de la liberté d'expression pourra voir sa responsabilité civile délictuelle engagée sur la base de l'article 1382 du Code civil. On peut se demander si cette sanction civile constitue une ingérence de l'autorité publique. Si c'est le cas, cette restriction devra remplir la condition de légalité énoncée au paragraphe 2

1. G. COHEN-JONATHAN, 'Article 10', *o.c.*, p. 390, *adde* Cour eur. D.H., arrêt *Association Ekin c. la France* du 17 juill. 2001, § 9.

2. Cour eur. D.H., arrêt *Association Ekin c. la France* du 17 juill. 2001, précité, § 9; Cour eur. D.H., arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, § 93.

3. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times n° 1* du 26 avril 1979, précité, § 47.

4. L.-E. PETTITI, 'Liberté d'expression et nouvelles technologies de l'audiovisuel', *Liber amicorum Marc-André EISSEN*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1995, p. 321.

5. Sur ce point, voir Cour. eur. D. H., arrêt *Kruslin* du 24 avril 1990 dans lequel la France fut condamnée en raison de sa réglementation relative aux écoutes téléphoniques. Certains auteurs estiment toutefois que ce principe ne doit pas s'appliquer de manière automatique dans les pays de droit continental (S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 110, n° 232). *Adde* Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autres* du 24 mai 1988, précité, et Cour eur. D.H., arrêt *Markt Intern Verlag GmbH et Beermann c. la R.F.A.* du 20 nov. 1989, précité, où la Cour s'était déjà basée – même partiellement – sur la jurisprudence pour motiver son raisonnement.

6. Voir, pour le droit international des télécommunications, Cour eur. D.H., arrêt *Groppera Radio AG et autres* du 28 mars 1990, précité, et Cour eur. D.H., arrêt *Autronic* du 22 mai 1990, précité.

7. Cour eur. D.H., arrêt *Groppera Radio AG et autres* du 28 mars 1990, précité, § 68.

8. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times n° 1* du 26 avril 1979, précité, § 49. Ces principes furent rappelés dans des arrêts récents: voir à cet égard Cour eur. D.H., arrêt *Rekvenyi c. la Hongrie* du 20 mai 1999, *R.U.D.H.*, 1999, p. 172, *Rev. trim. D.H.*, 2000, p. 107, obs. J. CALLEWAERT, § 34; Cour eur. D.H., arrêt *Feldek c. la Slovaquie* du 12 juill. 2001, *Mediaforum*, 2001, p. 274, note A. NIEUWENHUIS, § 56; Cour eur. D.H., arrêt *Association Ekin c. la France* du 17 juill. 2001, précité, § 7; Cour eur. D.H., arrêt *Gaweda c. la Pologne* du 14 mars 2002, § 39.

9. Cour eur. D.H., arrêt *Hertel c. la Suisse* du 25 août 1998, *Amén.*, 1998, p. 276, *J.T.-dr. eur.*, 1998, p. 188, § 35; Cour eur. D.H., arrêt *Rekvenyi c. la Hongrie* du 20 mai 1999, précité, § 34; Cour eur. D.H., arrêt *Tammer c. l'Estonie* du 6 févr. 2001, *Mediaforum*, 2001, 126, note A. NIEUWENHUIS, § 37; Cour eur. D.H., arrêt *Feldek c. la Slovaquie* du 12 juill. 2001, précité, § 56; Cour eur. D.H., arrêt *VGT Verein Gegen Tierfabriken c. la Suisse* du 28 juin 2001, *Mediaforum*, 2002, p. 54, note J. KABEL, § 55.

de l'article 10. L'accessibilité ne devrait pas poser de problème. Par contre, dans l'hypothèse où l'atteinte n'est pas spécifiquement prévue par le Code pénal ou une loi particulière, mais est définie par une jurisprudence qui manque parfois de clarté, l'acteur des médias sera-t-il à même de connaître avec précision les limites à ne pas franchir¹? Déjà dans l'affaire *De Haes et Gijssels*², se prononçant sur l'article 1382 du Code civil, la Cour avait acté que 'les parties se sont entendues pour considérer que l'ingérence dans la liberté d'expression que constitue la condamnation judiciaire des journalistes était prévue par la loi'. Elle confirma cette position dans l'arrêt *Thoma c. Luxembourg*, estimant qu' 'en s'entourant au besoin de conseils éclairés', le journaliste pouvait prévoir que les propos litigieux 'ne le mettaient pas à l'abri de toute action à son encontre, de sorte que l'ingérence peut être considérée comme étant prévue par la loi'³. La Cour avalise ainsi la responsabilité civile des journalistes fondée sur l'article 1382 du Code civil⁴.

B. L'INGÉRENCE DOIT POURSUIVRE UN BUT LÉGITIME⁵

25. La restriction à la liberté d'expression n'est admise que si elle vise au moins un des objectifs énumérés au paragraphe 2, que l'on peut classer en deux catégories⁶: les uns destinés à protéger l'intérêt général et les autres des intérêts individuels. Dans la première catégorie, on peut citer la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique⁷, la défense de l'ordre et la prévention du crime⁸, la protection de la santé ou de la morale⁹ et la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire¹⁰; dans la seconde la protection de la réputation

1. Dans ce sens, H. LECLERC, *o.c.*, p. 147.

2. Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique* du 24 févr. 1997, *J.T.-dr. eur.*, 1997, p. 93, *Jaarboek Mensenrechten*, 1996-1997, p. 280, note V. CASTILLE, *Journ. proc.*, 1997, n° 323, p. 26, note P. LAMBERT, *Mediaforum*, 1997, p. 45, note D. VOORHOOF, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1997, I, p. 198, *Rev. trim. D.H.*, 1998, p. 571, obs. P. DE FONTBRESSIN.

3. Cour eur. D.H., arrêt *Thoma c. le Luxembourg* du 29 mars 2001, précité, § 53. La Cour reprend ainsi l'opinion émise par la Commission qui, dans l'affaire *De Haes et Gijssels*, avait considéré que 'les incertitudes liées à la mise en œuvre des articles 1382 et 1383 du Code civil, tels qu'interprétés par la doctrine et la jurisprudence belges, ne dépassent pas celles auxquelles les requérants pouvaient s'attendre, au besoin en s'entourant de conseils éclairés. L'ingérence que constituent les articles 1382 et 1383 du Code civil offrait donc la prévisibilité voulue par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention' (Comm. eur. D.H., 29 nov. 1995, *AM*, 1996, p. 343, obs. D. VOORHOOF. Voir aussi F. TULKENS et F. STROWEL, 'Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias', in A. STROWEL et F. TULKENS (sous la dir. de), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 76-77).

4. Sur ce point, voir D. SPIELMAN, 'Du principe de proportionnalité dans la mise en œuvre de la responsabilité du journaliste', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Thoma c. le Luxembourg* du 29 mars 2001, *Rev. trim. D.H.*, 2002, pp. 216-218.

5. Pour des exemples, voir J. VELU et R. ERGEC, *o.c.*, pp. 367 et s., n°s 759 et s.; G. COHEN-JONATHAN, 'Article 10', *o.c.*, pp. 393 et s.; R. CLAYTON et H. TOMLINSON, *o.c.*, n°s 15.194 et s.

6. A. STROWEL, 'La responsabilité des fournisseurs de service en ligne: développements récents', in B. DUBUISSON et P. JADOUL (sous la dir. de), *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil*, Publication des F.U.S.L., 2000, pp. 234-235; C. OVEY et R. WHITE, *o.c.*, p. 278.

7. Voir p. ex. Cour eur. D.H., arrêt *Observer et Guardian c. le Royaume-Uni* du 26 nov. 1991, précité et Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. le Royaume-Uni* n° 2 du 26 nov. 1991, *R.U.D.H.*, 1992, p. 35 à propos d'un livre intitulé *Spycatcher* révélant des secrets en matière d'espionnage. Voir aussi Cour eur. D.H., arrêt *Grigoriades c. la Grèce* du 25 nov. 1997, *R.U.D.H.*, 1997, p. 233, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1997, VII, p. 2575 à propos d'une lettre mettant en cause les forces armées, ou Cour eur. D.H., arrêt *Incal c. la Turquie* du 9 juin 1998, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1998, IV, p. 1547 à propos d'un écrit critiquant le gouvernement (dans ces arrêts, la Cour reconnut la violation de l'art. 10).

8. A ce sujet, voir Cour eur. D.H., arrêt *Steel et autres c. le Royaume-Uni* du 23 sept. 1998, *Amén.*, 1998, p. 283 dans lequel des manifestants sont arrêtés pour prévenir des désordres et protéger les droits d'autrui.

9. Voir Cour eur. D.H., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. l'Irlande* du 29 oct. 1992, précité. Cet arrêt concernait la diffusion d'informations sur les possibilités d'avortement à l'étranger. Le but légitime était la morale dont la défense en Irlande du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect (§ 63).

10. Voir Cour eur. D.H., arrêt *Barfod c. le Danemark* du 22 févr. 1989, *Rev. trim. D.H.*, 1990, p. 51, obs. M. VERDUSSEN concernant une condamnation pour diffamation à l'égard de juges; Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique* du 24 févr. 1997, précité, dans lequel des journalistes mettaient en cause des magistrats en raison de leur gestion d'un dossier relatif à des cas d'inceste. Sur ce point, voir aussi J. VELU, *o.c.*, 1996, pp. 21-23.

tion ou des droits d'autrui¹ ainsi que la protection des informations confidentielles².

C. L'INGÉRENCE DOIT ÊTRE NÉCESSAIRE DANS UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE

1. Principes

26. C'est sur ce point que la jurisprudence de la Cour est la plus abondante. Les principes sont les suivants. 'La vérification du caractère nécessaire dans une société démocratique de l'ingérence litigieuse impose à la Cour de rechercher si celle-ci correspondait à un 'besoin social impérieux', si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs poursuivis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants'³. En outre, 'pour déterminer s'il existe pareil besoin, et quelles mesures doivent être adoptées pour y répondre, les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Celle-ci n'est toutefois pas illimitée mais va de pair avec un contrôle européen'⁴ portant à la fois 'sur les lois et sur les décisions appliquant celle-ci, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante'⁵. Dans cet exercice, 'la Cour a pour tâche non point de se substituer aux juridictions nationales, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 et à la lumière de l'ensemble de l'affaire les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation'⁶.

L'adjectif nécessaire n'est pas synonyme d'indispensable ou de strictement nécessaire, suivant la formulation reprise dans d'autres articles de la Convention, pas plus qu'il ne peut être réduit au sens des termes 'admissible', 'normal', 'utile' ou 'opportun'⁷. Même si l'Etat dispose d'une large marge d'appréciation, la Cour vérifie si les mesures sont proportionnées, si l'Etat n'a pas excédé les limites du raisonnable⁸: le droit européen des droits de l'homme doit être 'la science de l'équilibre'⁹. Les Etats peuvent choisir la mesure mais dans le respect de leurs obligations au titre de la Convention. La Cour contrôle si une mesure moins restrictive n'aurait pu être envisagée¹⁰. Ceci est conforme à sa jurisprudence: dans la mesure où la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une

1. Voir Cour eur. D.H., arrêt *Otto Preminger-Institut c. l'Autriche* du 20 sept. 1994, précité; Cour eur. D.H., arrêt *Tolstoy Miloslavski c. le Royaume-Uni* du 13 juill. 1995, *Public. Cour eur. D.H.*, 1996, série A, n° 316-B, *Mediaforum*, 1995, p. 101, *J.T.-dr. eur.*, 1995, p. 163, *R.U.D.H.*, 1995, p. 306; Cour eur. D.H., arrêt *Hertel c. la Suisse* du 25 août 1998, précité; Cour eur. D.H., arrêt *Ahmed et autres c. le Royaume-Uni* du 2 sept. 1998, *Mediaforum*, 1998, p. 332, note E. VERHULP, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1998, VI, p. 2356; Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Irsani c. la France* du 23 sept. 1998, précité.
2. Voir Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. le Royaume-Uni* du 27 mars 1996, *J.T.-dr. eur.*, 1996, p. 140, *AM*, 1996, p. 351, note D. VOORHOOF, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1996, II, p. 483, *Rev. trim. D.H.*, 1996, p. 433, obs. P. DE FONTBRESSIN, obs. P. TOUSSAINT à propos de la divulgation des sources par le journaliste ou Cour eur. D.H., arrêt *Fressoz et Roire c. la France* du 21 janv. 1999, précité, à propos du secret fiscal.
3. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times n° 1* du 29 mars 1979, précité, § 62; voir aussi Cour eur. D.H., arrêt *Lopez Gomez da Silva c. le Portugal* du 28 sept. 2000, *Journ. proc.*, 3 nov. 2000, p. 22, § 12.
4. Cour eur. D.H., arrêt *Lopez Gomez da Silva c. le Portugal* du 28 sept. 2000, précité, § 12.
5. Cour eur. D.H., arrêt *Fuentes Bobo c. l'Espagne* du 29 févr. 2000, précité, § 43; Cour eur. D.H., arrêt *Jacobowski c. l'Allemagne* du 23 juin 1994, précité, § 30.
6. Cour eur. D.H., arrêt *Bladet Tromsø et Stensaa c. la Norvège* du 20 mai 1999, précité, § 60; Cour eur. D.H., arrêt *Bergens Tidende et autres c. la Norvège* du 2 mai 2000, § 50; Cour eur. D.H., arrêt *Constantinescu c. la Roumanie* du 27 juin 2000, *Mediaforum*, 2000, p. 299, note D. VOORHOOF, *Rev. trim. D.H.*, 2002, p. 153, obs. O. BACHELET, § 69.
7. P. LAMBERT, 'La liberté de presse, la protection de la réputation d'autrui et la Convention européenne des droits de l'homme', *Liber amicorum Marc-André EISSEN*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1995, p. 273, n° 2.
8. F. RIGAUX, 'Introduction générale', *Rev. trim. D.H.*, numéro spécial, 'La liberté d'expression, son étendue et ses limites', 1993, p. 5.
9. P. DE FONTBRESSIN, obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Özgür Gündem c. la Turquie* du 16 mars 2000, *Rev. trim. D.H.*, 2001, p. 105; O. BACHELET, 'La liberté d'expression et le procès en diffamation: la forme l'emporte sur le fond', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Constantinescu c. la Roumanie* du 27 juin 2000, *Rev. trim. D.H.*, 2002, p. 163.
10. J.-M. LARRALDE, 'La liberté d'expression et le blasphème', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. le Royaume-Uni* du 25 nov. 1996, *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 731.

société démocratique, toute exception – dont la nécessité doit être établie clairement¹ et de manière convaincante – doit s'interpréter de façon restrictive².

La Cour a par ailleurs rappelé que 'quiconque exerce sa liberté d'expression assume des devoirs et des responsabilités dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé'³. Même s'ils ne peuvent justifier à eux seuls une limitation aux libertés, les devoirs et responsabilités ont une influence sur la nécessité de l'ingérence⁴. Ainsi, les avocats, dans leurs déclarations à la presse, sont tenus de faire preuve de réserve pour ne pas discréditer la profession ou porter atteinte à l'autorité du pouvoir judiciaire; les militaires⁵ ou les agents publics⁶ – spécialement les magistrats – peuvent également être soumis à certaines restrictions.

2. La marge d'appréciation des Etats et le contrôle de la Cour

27. Pour ce qui est de la marge d'appréciation des Etats, signalons que son ampleur varie en fonction de l'objectif légitimant l'ingérence: le contrôle de la Cour est 'à géométrie variable', en fonction du contenu des informations et de l'objectif légitime de la restriction⁷. D'aucuns n'ont d'ailleurs pas hésité à dire que la Cour semblait 'naviguer à vue': sa doctrine de la marge d'appréciation dev[enant] illisible, pour ne pas dire [...] proprement incohérente⁸. Tâchons néanmoins de dégager les principes communément admis.

a) Cas dans lesquels la marge d'appréciation des Etats est étroite

28. La marge d'appréciation de l'Etat sera étroite et le contrôle de la Cour plus strict dans la mesure où l'objectif visé est susceptible d'une définition objective à l'échelle européenne⁹. Dès lors qu'il est question de sauvegarder l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, eu égard à la concordance des pratiques nationales, le contrôle de la Cour s'élargit¹⁰. La Cour déplace l'objectif de l'ordre national à l'ordre conventionnel européen¹¹.

De même, lorsque les valeurs essentielles de la société démocratique sont en jeu, le contrôle se renforce. C'est notamment le cas de la participation au débat public

1. Cour eur. D.H., arrêt *Glaserapp* du 28 août 1986, § 110.
2. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times n° 1* du 26 avril 1979, précité, § 65; Cour eur. D.H., arrêt *Barthold* du 25 mars 1985, *H.R.L.J.*, 1985, p. 309, note J. DE MEYER, § 58.
3. Cour eur. D.H., arrêt *Handyside* du 7 déc. 1976, § 49.
4. V. COUSSIRAT-COUSTERE, 'Article 10, § 2', in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (sous la dir. de), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, p. 410; G. COHEN-JONATHAN, 'Article 10', *o.c.*, pp. 398-399.
5. Cour eur. D.H., arrêt *Hadjianastassiou c. la Grèce* du 16 déc. 1992, *R.U.D.H.*, 1993, p. 274, *Public. Cour eur. D.H.*, 1993, série A, n° 252, § 46.
6. En effet, quand 'la liberté d'expression des fonctionnaires se trouve en jeu, les 'devoirs et responsabilités' revêtent une importance particulière' (Cour eur. D.H., arrêt *De Diego Nafria c. l'Espagne* du 14 mars 2002, précité, § 37).
7. F. SUDRE, 'Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme – L'arrêt Vogt de la Cour européenne des droits de l'homme ou l'art de l'illusionnisme juridique', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Vogt c. l'Allemagne* du 26 sept. 1995, *Rev. trim. D.H.*, 1996, p. 421, n° 30; voir aussi J.-M. LARRALDE, 'La liberté d'expression et le blasphème', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. le Royaume-Uni* du 25 nov. 1996, *Rev. trim. D.H.*, 1997, pp. 729 et s.
8. F. SUDRE, 'Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme – L'arrêt Vogt de la Cour européenne des droits de l'homme ou l'art de l'illusionnisme juridique', *o.c.*, p. 424.
9. G. COHEN-JONATHAN, 'Article 10', *o.c.*, p. 399.
10. Voir aussi Cour eur. D.H., arrêt *Worm c. l'Autriche* du 29 août 1997, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1997, V, p. 1534, *Rev. trim. D.H.*, 1998, p. 609, obs. A. BERTHE, 'Le compte-rendu d'audience et l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire'. Selon la Cour, 'les restrictions au paragraphe 2 de l'article 10 pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ne permettent pas aux Etats de limiter toutes les formes de débat public sur des questions en cours d'examen par les tribunaux' (§ 50). Voir aussi le commentaire de l'auteur aux pages 634 et suivantes.
11. M. VERDUSSEN, obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Barfod c. le Danemark* du 22 févr. 1989, *Rev. trim. D.H.*, 1990, p. 59.

ou à la discussion de questions d'intérêt général: il faut en effet veiller à ce que les citoyens ne soient pas découragés d'intervenir par crainte d'une sanction¹.

C'est ce qui explique que la liberté de presse est très large et les restrictions difficilement admises. En effet, la presse joue un rôle éminent dans l'Etat de droit: celui de 'chien de garde'², et constitue un vecteur privilégié pour la discussion relative aux problèmes d'intérêt général³. La Cour a ainsi tendance à privilégier la liberté de la presse au détriment de la protection de la réputation d'autrui⁴. A noter néanmoins que, lorsqu'un procès est pendant, la Cour se montre plus sévère pour assurer la protection de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire⁵.

Pour encourager et protéger la discussion sur les thèmes d'intérêt public, la Cour s'efforce de ménager à la liberté d'expression un 'espace pour respirer'⁶. Elle va ainsi imposer aux Etats certaines obligations pour permettre à la liberté d'expression de s'épanouir⁷. On peut citer la protection des sources journalistiques⁸ ou la faculté pour le journaliste de rester maître de la forme d'expression de ses idées, au besoin en adoptant un ton polémique, agressif⁹ ou injurieux¹⁰ (voir *infra*, n^{os} 33 et s.).

b) Cas dans lesquels la marge d'appréciation des Etats est large

29. Les cours et tribunaux d'un Etat entretiennent des contacts directs et constants avec les réalités du pays et, dans certaines hypothèses, se trouvent ainsi 'mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre' entre les divers intérêts en jeu¹¹. Aussi, à défaut de consensus au sein des Etats ou lorsque les valeurs de la société démocratique ne sont pas en péril, la marge d'appréciation des Etats est grande – sans pour autant devenir illimitée – et le contrôle de la Cour relativement souple¹². La Cour se borne alors à juger 'du caractère raisonnable et proportionné de l'ingérence'¹³. Il en va ainsi dans l'hypothèse de la protection de la morale¹⁴ ou de la sécurité nationale¹⁵.

De même, pour ce qui est des conceptions religieuses, eu égard à l'absence de concordance au sein des Etats membres, la Cour exerce un contrôle très limité¹⁶.

-
1. V. COUSSIRAT-FOUSTERE, 'Article 10, § 2', *o.c.*, pp. 411-412; P. LAMBERT, 'La liberté de presse, la protection de la réputation d'autrui et la Convention européenne des droits de l'homme', *o.c.*, p. 228, n° 5. *Adde* Cour eur. D.H., arrêt *Castells c. l'Espagne* du 23 avril 1992, précité, § 42-43; Cour eur. D.H., arrêt *Thorgeir Thorgeirson c. l'Islande* du 25 juin 1992, précité, § 63.
 2. Cour eur. D.H., arrêt *Castells c. l'Espagne* du 23 avril 1992, précité, § 42-43; Cour eur. D.H., arrêt *Thorgeir Thorgeirson c. l'Islande* du 25 juin 1992, précité, § 63.
 3. P. WASCHMANN, 'Une certaine marge d'appréciation, considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression', in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1036, n° 14.
 4. S. PEYROU-PISTOULEY, *o.c.*, pp. 598-599.
 5. G. TILLEMENT, 'Constitution de partie civile et liberté d'expression', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *du Roy et Malaurie c. la France* du 30 oct. 2000, *Rev. trim. D.H.*, 2001, p. 1103.
 6. Pour reprendre la formule de la Cour suprême des Etats-Unis, *an adequate breathing space* (P. WASCHMANN, *o.c.*, p. 1037, n° 14).
 7. P. WASCHMANN, *o.c.*, pp. 1037-1038, n° 14.
 8. Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. le Royaume-Uni* du 27 mars 1996, précité.
 9. Cour eur. D.H., arrêt *Jersild c. le Danemark* du 23 sept. 1994, *Mediaforum*, 1994, p. 101, *R.U.D.H.*, 1995, p. 32, *Public. Cour eur. D.H.*, 1995, série A, n° 328, *Rev. trim. D.H.*, 1995, p. 469.
 10. Cour eur. D.H., arrêt *Oberschlick c. l'Autriche* n° 2 du 1^{er} juill. 1997, *Mediaforum*, 1997, p. 113, *AM*, 1997, p. 302, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1997, IV, p. 1266, *Rev. trim. D.H.*, 1998, p. 589, obs. S. PEYROU-PISTOULEY; Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique* du 24 févr. 1997, précité; Cour eur. D.H., arrêt *Lopez Gomez da Silva c. le Portugal* du 28 sept. 2000, précité.
 11. Cour eur. D.H., arrêt *De Diego Nafria c. l'Espagne* du 14 mars 2002, § 39.
 12. Cour eur. D.H., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. l'Irlande* du 29 oct. 1992, précité.
 13. V. COUSSIRAT-FOUSTERE, 'Article 10, § 2', *o.c.*, p. 412.
 14. Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autres* du 24 mai 1988, précité.
 15. Cour eur. D.H., arrêt *Leander* du 26 mars 1987, *NJB*, 1987, p. 853, § 59.
 16. P. WASCHMANN, 'Une certaine marge d'appréciation, considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression', in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1029, n° 10. A titre illustratif, voir Cour eur. D.H., arrêt *Otto Preminger-Institut c. l'Autriche* du 20 sept. 1994, précité; Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. le Royaume-Uni* du 25 nov. 1996, précité.

La solution est identique en matière commerciale¹ ou de publicité², principalement en raison du caractère délicat de l'appréciation et de la difficulté de récuser les appréciations nationales sur une base objective³. Les juges européens se borneront dès lors à vérifier si les mesures nationales sont proportionnées⁴. Néanmoins, si le spot publicitaire 'traduit des opinions controversées tenant à la société en général'⁵, telles la protection des animaux ou les modalités de l'élevage, la Cour aura tendance à relativiser l'ampleur de la marge d'appréciation. Enfin, 'là où les propos litigieux incitent à l'usage de la violence à l'égard d'un individu, d'un représentant de l'Etat ou d'une partie de la population, les autorités nationales jouissent d'une marge d'appréciation plus large dans leur examen de la nécessité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression'⁶.

3. La proportionnalité

30. Pour déterminer si l'ingérence est 'proportionnée aux buts légitimes poursuivis' et si les motifs invoqués pour la justifier sont 'pertinents et suffisants', la Cour ne va pas 'se borner à user de son pouvoir d'appréciation de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable'⁷. Elle va analyser l'ingérence à la lumière d'un certain nombre de critères, parmi lesquels 'les circonstances de l'affaire, y compris la teneur des propos incriminés et le contexte dans lequel ils furent diffusés ou publiés', ou encore 'la nature et la lourdeur des peines infligées'⁸. La Cour doit se convaincre que 'les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10, et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents'⁹. Ainsi, une interdiction absolue de publication ou de diffusion ne peut être acceptée si le comportement mis en cause n'est pas grave au point de constituer une dénégation de la liberté d'autrui¹⁰. D'autres mesures moins restrictives peuvent en effet être envisagées.

D'autres circonstances seront également considérées avec attention par la Cour, telles que l'implication de la presse¹¹ ou l'existence d'un débat politique, compte tenu de leur rôle dans la société démocratique (sur ces points, voir *infra* nos 32 et s. et nos 39 et s.).

1. Cour eur. D.H., arrêt *Markt Intern Verlag GmbH et Beermann c. la R.F.A.* du 20 nov. 1989, précité; Cour eur. D.H., arrêt *Jacobowski c. l'Allemagne* du 23 juin 1994, précité; Cour eur. D.H., arrêt *Hertel c. la Suisse* du 25 août 1998, précité.
2. Cour eur. D.H., arrêt *Casado Coca c. l'Espagne* du 24 févr. 1994, précité.
3. P. WASCHMANN, *o.c.*, p. 1030, n° 11.
4. A. SCHAUS, 'Le droit à la liberté d'expression en matière commerciale', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Jacobowski c. l'Allemagne* du 23 juin 1994, *Rev. trim. D.H.*, 1995, p. 654; voir aussi M.-A. HALPERIN, 'Liberté d'expression, professions libérales et publicité commerciale', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Casado Coca c. l'Espagne* du 24 févr. 1994, *Rev. trim. D.H.*, 1995, pp. 75-82.
5. Cour eur. D.H., arrêt *VGT Verein Gegen Tierfabriken c. la Suisse* du 28 juin 2001, § 70-71. Voir aussi A. SCHAUS, *o.c.*, p. 654, n° 4.
6. Cour eur. D.H., arrêt *Sener c. la Turquie* du 18 juill. 2000, § 40; Cour eur. D.H., arrêt *Ibrahim Aksoy c. la Turquie* du 10 oct. 2000, § 15; Cour eur. D.H., arrêt *E.K. c. la Turquie* du 7 févr. 2002, § 70.
7. Cour eur. D.H., arrêt *VGT Verein Gegen Tierfabriken c. la Suisse* du 28 juin 2001, précité, § 68.
8. Cour eur. D.H., arrêt *Ibrahim Aksoy c. la Turquie* du 10 oct. 2000, § 20; Cour eur. D.H., arrêt *Constantinescu c. la Roumanie* du 27 juin 2000, précité, § 77.
9. Cour eur. D.H., arrêt *Jersild c. le Danemark* du 23 sept. 1994, précité, § 31; Cour eur. D.H., arrêt *Özgür Gündem c. la Turquie* du 16 mars 2000, précité, § 57; Cour eur. D.H., arrêt *Tammer c. l'Estonie* du 6 févr. 2001, précité, § 69.
10. J.-M. LARRALDE, 'La liberté d'expression et le blasphème', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. le Royaume-Uni* du 25 nov. 1996, *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 731.
11. La Cour reconnut, en parlant de la liberté de la presse, qu'il convenait de 'lui accorder un grand poids [...] lorsqu'il s'agit de déterminer, comme l'exige le paragraphe 2 de l'article 10, si la restriction était proportionnée au but légitime poursuivi (Cour eur. D.H., arrêt *Thoma c. le Luxembourg* du 29 mars 2001, précité, § 48; voir aussi, *mutatis mutandis*, Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. le Royaume-Uni* du 27 mars 1996, précité, § 40; Cour eur. D.H., arrêt *Worm c. l'Autriche* du 29 août 1997, précité, § 47).

§ 3. *Illustration des principes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*

31. Les principes ainsi posés et le raisonnement explicité, les développements présentés dans ce paragraphe ont pour objet d'étudier la jurisprudence de la Cour à travers différents thèmes. Cette classification peut sembler arbitraire dans la mesure où certains thèmes ont parfois tendance à se chevaucher, mais elle permet de systématiser la jurisprudence et de mieux cerner les solutions adoptées. On peut classer les points qui suivent en trois catégories. Dans la première sont étudiées deux questions que la Cour a eu l'occasion d'aborder à maintes reprises et dont elle a pris la peine d'exposer l'importance: il s'agit de la liberté de la presse (A) et des rapports entre la liberté d'expression et le débat d'intérêt public, d'une part, la critique des hommes politiques, d'autre part (B). Dans un second temps, sont envisagés les conflits entre la liberté d'expression et d'autres droits garantis par la Convention: la protection de la vie privée (C) et le procès équitable ou, de manière plus générale, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire (D). Dans ce cadre sont aussi abordées les critiques à l'égard du pouvoir judiciaire. Sous une troisième catégorie, seront envisagées deux questions plus transversales dont les solutions sont à lire conjointement avec celles dégagées lors de l'étude des points précédents: les mesures préventives (E) et la liberté d'expression dans la société de l'information (F).

Notre propos consiste à rappeler les solutions élaborées par la Cour dans ses arrêts de principe et à illustrer celles-ci par des décisions récentes de la Haute Juridiction.

A. LIBERTÉ D'EXPRESSION ET LIBERTÉ DE PRESSE

32. Bien que la liberté de la presse ne soit pas expressément visée par la Convention, il ne fait pas de doute qu'elle constitue une des 'composantes essentielles de la liberté d'expression'¹. La Cour insiste sur son rôle éminent dans une société démocratique, en vertu duquel 'il lui incombe [...] de communiquer dans le respect de ses devoirs et responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général'². La Cour ajoute qu'à la fonction de la presse qui consiste à diffuser des informations 's'ajoute le droit pour le public d'en recevoir. S'il en allait autrement, [elle] ne pourrait pas jouer son rôle indispensable de 'chien de garde''³.

En pratique, l'étude de la jurisprudence révèle que lorsqu'il est question de la presse, la liberté d'expression est souvent privilégiée, au détriment de la protection des droits d'autrui – respect de la vie privée, droit à l'honneur et à la réputation⁴.

Est ainsi jugée contraire à l'article 10, l'interdiction faite à un journal de publier des informations sur un procès en cours⁵ ou la condamnation d'un journaliste pour des propos estimés diffamatoires envers un dirigeant politique⁶.

On peut regretter l'étendue de cette liberté dans la mesure où elle conduit la Cour à adopter des positions discutables, en matière de publications ouvertement

1. P. LAMBERT, 'La liberté de la presse et la réputation de l'homme politique', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Oberschlick c. l'Autriche* du 23 mai 1991, *Rev. trim. D.H.*, 1992, p. 384.

2. Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique* du 24 févr. 1997, précité, § 37; Cour eur. D.H., arrêt *Colombani et autres c. la France* du 25 juin 2002, § 55.

3. Cour eur. D.H., arrêt *Thorgeir Thorgeirson c. l'Islande* du 28 mai 1992, précité, § 63; Cour eur. D.H., arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. la Norvège* du 20 mai 1999, précité, § 62; Cour eur. D.H., arrêt *Colombani et autres c. la France* du 25 juin 2002, § 55.

4. P. LAMBERT, *La Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 132-133.

5. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times n° 1* du 26 avril 1979, précité.

6. Cour eur. D.H., arrêt *Lingens* du 8 juill. 1986, précité.

racistes¹ ou en reconnaissant une sorte de droit à l'insulte (sur ce point, voir *infra*, n° 34).

Cela étant, au fil de sa jurisprudence, la Cour a tâché de préciser les droits dont les journalistes bénéficient, mais aussi leurs 'devoirs et responsabilités'. Examinons les tour à tour.

1. Droits des journalistes

33. La Cour reconnaît que 'les méthodes permettant de faire des reportages objectifs et équilibrés peuvent varier considérablement, en fonction notamment du moyen de communication dont il s'agit; il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions nationales d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter'². La protection de l'article 10 s'étend non seulement aux idées et informations exprimées, mais également à leur mode d'expression³. Les journalistes sont ainsi en droit de reproduire le support de leur information pour en asseoir la crédibilité⁴, ce qui permet de rendre le droit à l'information particulièrement effectif⁵. Pour ce qui est du contenu de l'obligation de vérification incombant aux journalistes, la Cour admet que 'lorsqu'elle contribue au débat public sur des questions suscitant une préoccupation légitime, la presse doit en principe pouvoir s'appuyer sur des rapports officiels sans avoir à entreprendre des recherches indépendantes. Sinon, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de 'chien de garde'⁶. Dans le même sens, elle estime que, s'agissant de reportages d'actualité axés sur des entretiens, 'sanctionner un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de déclarations émanant d'un tiers dans un entretien entraverait gravement la contribution de la presse aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne saurait se concevoir sans raisons particulièrement sérieuses'⁷.

34. Pour la Cour, l'exercice de cette liberté journalistique implique 'le recours à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation'⁸. Cette affirmation, avancée dans l'arrêt *Prager et Oberschlick* est surtout vraie en matière politique et la Cour relève à cet égard que 'l'invective politique déborde souvent sur le plan personnel: ce sont les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique'⁹. A la lumière des faits établis, il conviendra alors de vérifier si l'opinion exprimée se révèle excessive, ce qui sera souvent le cas en l'absence de toute base factuelle¹⁰. Lorsqu'il est question de critiques à l'égard d'un gouvernement ou d'une personnalité politique, les limites admissibles à celles-ci sont plus larges qu'envers un simple particulier¹¹ (sur ce point, voir *infra*, n° 41).

1. Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Isoni c. la France* du 23 sept. 1998, précité.
2. Cour eur. D.H., arrêt *Bergens Tidende et autres c. la Norvège* du 2 mai 2000, § 57; Cour eur. D.H., arrêt *Jersild c. le Danemark* du 23 sept. 1994, précité, §§ 31 et 34.
3. Cour eur. D.H., arrêt *Jersild c. le Danemark* du 23 sept. 1994, précité, § 31; Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique* du 24 févr. 1997, précité, § 48; Cour eur. D.H., arrêt *News Verlags GmbH & CoKG c. l'Autriche* du 11 janv. 2000, *Mediaforum*, 2000, p. 84, note G. SCHUIJT, *NJB*, 2000, p. 462, § 24; Cour eur. D.H., arrêt *De Diego Nafria c. l'Espagne* du 14 mars 2002, précité, § 39; Cour eur. D.H., arrêt *Nikula c. la Finlande* du 21 mars 2002, *Mediaforum*, 2002, p. 210, note D. VOORHOOF, § 46.
4. Cour eur. D.H., arrêt *Fressoz et Roire c. la France* du 21 janv. 1999, précité, § 54. Pour un commentaire de cet arrêt, voir aussi G. COHEN-JONATHAN et E. DREYER, 'Recel de violation de secret professionnel et garantie de la liberté d'expression', *Légipresse*, 1999, n° 160-II, pp. 33 et s.
5. C. BIGOT, 'L'affaire dite du Canard Enchaîné devant la Cour européenne des droits de l'homme', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Fressoz et Roire c. la France* du 21 janv. 1999, *Rev. trim. D.H.*, 1999, p. 693.
6. Cour eur. D.H., arrêt *Colombani et autres c. la France* du 25 juin 2002, § 65.
7. Cour eur. D.H., arrêt *Jersild c. le Danemark* du 23 sept. 1994, précité, § 35.
8. Cour eur. D.H., arrêt *Prager et Oberschlick c. l'Autriche* du 26 avril 1995, *Public. Cour eur. D.H.*, 1995, série A, n° 313, *Mediaforum*, 1995, p. 85, § 38; Cour eur. D.H., arrêt *Tammer c. l'Estonie* du 6 févr. 2001, précité, § 62; Cour eur. D.H., arrêt *Bergens Tidende et autres c. la Norvège* du 2 mai 2000, précité, § 49.
9. Cour eur. D.H., arrêt *Lopez Gomez da Silva c. le Portugal* du 28 sept. 2000, précité, § 16.
10. Cour eur. D.H., arrêt *Lopez Gomez da Silva c. le Portugal* du 28 sept. 2000, précité, § 16.
11. Cour eur. D.H., arrêt *Incal c. la Turquie* du 9 juin 1998, précité, § 54; Cour eur. D.H., arrêt *Castells c. l'Espagne* du 23 avril 1992, précité, § 46.

A cet égard, la Cour a parfois adopté des positions discutables, spécialement dans les arrêts *Oberschlick* n° 2 et *Lopez Gomez da Silva* dans la mesure où, en considérant que les termes ‘grotesque’, ‘rustre’, ‘grossier’ ou ‘imbécile’ constituent des manifestations de la liberté d’expression, elle reconnaît un droit à l’insulte ou à l’injure¹. Certains auteurs posent la question de la pertinence d’une telle position: la société démocratique a-t-elle intérêt à ‘être défendue par une presse sans scrupules, outrancière, voire injurieuse’²? N’est-il pas paradoxal de prétendre qu’une protection renforcée de la liberté d’expression est une condition nécessaire au progrès de la démocratie, à l’émergence du pluralisme, de la tolérance ou de la discussion contradictoire tout en protégeant celui qui n’a d’autre arme que l’injure, en raison de son incapacité à dialoguer, à argumenter et à convaincre³? On peut même se demander si de tels propos méritent la qualification d’information⁴.

35. Dans l’arrêt *Goodwin*, la Cour a reconnu le droit pour le journaliste de ne pas divulguer ses sources⁵. En effet, la protection des sources journalistiques est ‘l’une des pierres angulaires de la liberté de la presse [...]’. L’absence d’une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d’aider la presse à informer le public sur des questions d’intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de ‘chien de garde’ et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s’en trouver amoindrie. Eu égard à l’importance que revêt la protection des sources journalistiques pour la liberté de presse dans une société démocratique et à l’effet négatif sur l’exercice de cette liberté que risque de produire une ordonnance de divulgation, pareille mesure ne saurait se concilier avec l’article 10 de la Convention que si elle se justifie par un objectif prépondérant d’intérêt public’⁶. Pour autant que cette protection ne soit pas l’occasion ‘d’institutionnaliser un mandat criminel, assurant toute impunité au mandant protégé par l’anonymat’⁷ et que les journalistes opèrent une distinction entre le licite et l’illicite, la démocratie en sortira renforcée et le journaliste ne sera pas tenu de se muer en délateur.

La doctrine a souligné la possibilité d’un éventuel retournement de ce principe à l’encontre du journaliste: les juges nationaux pourraient en effet faire pression sur les journalistes pour identifier les sources de façon détournée, par exemple en engageant des poursuites pénales du chef de complicité ou recel⁸. L’arrêt rendu dans le cadre de l’affaire du *Canard enchaîné*⁹ semble remettre en cause une telle pratique. Dans cette affaire, il était fait reproche à MM. FRESSOZ et ROIRE d’avoir publié des extraits d’avis d’imposition de M. CALVET, président de Peugeot. Des

1. S. DEPRÉ, *o.c.*, pp. 379-380, n° 5.

2. S. DEPRÉ, *o.c.*, pp. 379-380, n° 5; S. PEYROU-PISTOULEY, *o.c.*, p. 603. A cet égard, on peut mentionner l’opinion dissidente du juge MATSCHER dans l’arrêt *Oberschlick* n° 2: ‘D’après moi, le but de l’article 10 de la Convention est de permettre un vrai débat d’idées, pas de protéger un journaliste primitif et de bas niveau qui, faute de posséder les qualités requises pour présenter des arguments sérieux, recourt à la provocation et aux insultes gratuites pour attirer des lecteurs potentiels, sans aucune contribution à un échange d’idées digne de ce nom’.

3. S. DEPRÉ, *o.c.*, pp. 379-380, n° 5.

4. P. DE FONTBRESSIN, ‘L’arrêt Goodwin: le devoir de se taire: corollaire du droit d’informer?’, obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. le Royaume-Uni* du 27 mars 1996, *Rev. trim. D.H.*, 1996, pp. 446-449.

5. Sur ce point, voir P. DE FONTBRESSIN, ‘L’arrêt Goodwin: le devoir de se taire: corollaire du droit d’informer?’ et P. TOUSSAINT, ‘Le secret des sources du journaliste’, obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. le Royaume-Uni* du 27 mars 1996, *Rev. trim. D.H.*, 1996, pp. 444 et 452; A. GUEDJ, *La protection des sources journalistiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 64 et s.; D. VOORHOOF, ‘The protection of journalistic sources: Recent developments and actual challenges’, *AM*, 2003, pp. 9 et s. Voir aussi J. VELU, ‘Propos sur les normes européennes applicables aux relations entre la justice et la presse’, *Bull.*, 1996, pp. 53 et s., n° 36 et s.

6. Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. le Royaume-Uni* du 27 mars 1996, précité, § 39.

7. P. DE FONTBRESSIN, ‘L’arrêt Goodwin: le devoir de se taire, corollaire du droit d’informer’, obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. le Royaume-Uni* du 27 mars 1996, *Rev. trim. D.H.*, 1996, pp. 450-452.

8. G. COHEN-JONATHAN et E. DREYER, *o.c.*, p. 40.

9. Cour eur. D.H., arrêt *Fressoz et Roire c. la France* du 21 janv. 1999, précité. Voir également sur la décision de la Commission, G. COHEN-JONATHAN, ‘La liberté d’informer et le secret fiscal’, *Légipresse*, 1999, n° 155-II, p. 115.

photocopies de ces documents avait été reçues anonymement. Pour établir qu'il s'agissait de copies d'exemplaires qui auraient dû rester en possession de l'administration fiscale, les journalistes avaient été priés de remettre les documents à la police. En les analysant, les autorités auraient pu découvrir l'auteur de la copie. En se prononçant en faveur de la violation et à l'unanimité, la Cour semble avoir écarté cette possible dérive, préjudiciable aux journalistes et à leurs informateurs: dans la majorité des cas, le droit au secret des sources doit permettre de cacher l'origine de celles-ci, et donc de masquer le recel¹.

2. Devoirs des journalistes

36. La doctrine s'interroge aujourd'hui sur la portée de la formule 'devoirs et responsabilités' qui, selon certains, ne serait rien de plus qu'une formule 'neutre' introduisant seulement l'énoncé des ingérences autorisées². En effet, la Cour aurait perdu l'occasion d'en préciser le sens en laissant, par exemple, des journalistes illustrer leurs propos par des documents obtenus en violation du secret professionnel³ ou encore en valorisant à ce point la liberté de la presse qu'elle ignore, presque dans tous les cas, ces devoirs⁴. Il faut espérer que la réalité n'est pas si sombre: on ne peut admettre des pratiques journalistiques allant jusqu'à l'affirmation de faits inexacts, à l'insinuation, à l'amalgame, à l'allusion perfide. Il y va d'une désinformation du public ainsi victime d'un véritable abus de confiance⁵. Le journaliste doit un certain respect aux lecteurs et, dans ce cadre, il doit se garder d'être 'le vecteur de messages délictueux ou criminogènes'⁶. Tâchons dès lors de mieux cerner les devoirs que les journalistes sont tenus de respecter.

Ils doivent veiller à ne pas franchir certaines limites fixées en vue d'assurer la protection de la réputation et des droits d'autrui, d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles⁷, ou de protéger les intérêts vitaux de l'Etat (telle la sécurité nationale), ou de l'intégrité territoriale contre les menaces de violence, ou encore la défense de l'ordre ou la prévention du crime⁸. Pour les questions d'intérêt général, la garantie de l'article 10 'est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de confiance dans le respect de la déontologie journalistique'⁹. L'étendue de ces 'devoirs et responsabilités' est spécialement importante dans un contexte conflictuel ou de tensions et une attention toute particulière doit être portée aux publications incitant à la violence envers l'Etat, propageant des discours de haine¹⁰ ou contraires aux règles démocratiques. Sur ce dernier point, la Cour ajoute une précision, affirmant qu'il 'est de l'essence de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui

1. G. COHEN-JONATHAN et E. DREYER, *o.c.*, p. 40.

2. V. COUSSIRAT-COUSTERE, *o.c.*, p. 410; G. COHEN-JONATHAN et E. DREYER, *o.c.*, p. 38.

3. G. COHEN-JONATHAN et E. DREYER, *o.c.*, p. 39.

4. S. PEYROU-PISTOULEY, *o.c.*, p. 598.

5. P. LAMBERT, 'La liberté de la presse et la réputation de l'homme politique', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Oberschlick c. l'Autriche* du 23 mai 1991, *Rev. trim. D.H.*, 1992, p. 388.

6. P. DE FONTBRESSIN, 'L'arrêt Goodwin: le devoir de se taire, corollaire du droit d'informer', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. le Royaume-Uni* du 27 mars 1996, *Rev. trim. D.H.*, 1996, p. 450.

7. Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique* du 24 févr. 1997, précité, § 37; Cour eur. D.H., arrêt *Mc Vicar c. le Royaume-Uni* du 7 mai 2002, § 73; Cour eur. D.H., arrêt *Colombani et autres c. la France* du 25 juin 2002, § 55.

8. Cour eur. D.H., arrêt *Özgür Gündem c. la Turquie* du 16 mars 2000, précité, § 58.

9. Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. le Royaume-Uni* du 27 mars 1996, précité, § 39; Cour eur. D.H., arrêt *Fressoz et Roire c. la France* du 21 janv. 1999, précité, § 54; Cour eur. D.H., arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. la Norvège* du 20 mai 1999, précité, § 65; Cour eur. D.H., arrêt *Mc Vicar c. le Royaume-Uni* du 7 mai 2002, § 73; Cour eur. D.H., arrêt *Colombani et autres c. la France* du 25 juin 2002, § 65.

10. Cour eur. D.H., arrêt *Sener c. la Turquie* du 18 juill. 2000, précité, § 42.

remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un Etat, pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même¹.

37. Pour déterminer l'étendue de l'obligation à laquelle sont astreints les journalistes en termes de preuve, la Cour distingue, dans l'arrêt *Lingens* notamment, entre déclarations de fait – dont la matérialité peut se prouver² – et jugements de valeur – dont l'exactitude ne se prête pas à une démonstration. 'Pour les jugements de valeur, l'obligation de preuve est donc impossible et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit, garanti par l'article 10'³. La Cour ajoute néanmoins que 'lorsqu'une déclaration équivaut à un jugement de valeur, la proportionnalité de l'ingérence dépend de l'existence d'une base factuelle pour la déclaration incriminée puisque même un jugement de valeur totalement dépourvu de base factuelle peut se révéler excessif⁴. Une certaine base factuelle est donc nécessaire en tout état de cause.

38. Lorsqu'un journaliste reprend les propos de l'un de ses confrères⁵, on peut exiger de lui qu'il l'indique clairement. Par contre, 'le fait d'exiger de manière générale que les journalistes se distancient systématiquement et formellement du contenu d'une citation qui pourrait insulter des tiers, les provoquer ou porter atteinte à leur honneur ne se concilie pas avec le rôle de la presse d'informer sur des faits ou des opinions et des idées qui ont cours à un moment donné⁶. Dans l'arrêt *Thoma*, la Cour sanctionne donc la cour d'appel qui, dans son arrêt, estimait que 'la responsabilité du journaliste citant simplement un article déjà paru ne cesse d'être engagée que s'il se distancie formellement de cet article et de son contenu'⁷.

B. LIBERTÉ D'EXPRESSION ET POLITIQUE

39. Sur le sujet 'médias et politique', deux questions retiennent notre attention⁸: d'une part, les débats ou discours politiques ou sur des thèmes d'intérêt public, d'autre part, les critiques dont les hommes politiques peuvent faire l'objet et la liberté d'expression dont ils jouissent.

1. Cour eur. D.H., arrêt *Ibrahim Aksoy c. la Turquie* du 10 oct. 2000, § 78; Cour eur. D.H., arrêt *E.K. c. la Turquie* du 7 févr. 2002, § 86.

2. Voir p. ex. Cour eur. D.H., arrêt *A. Perna c. l'Italie* du 25 juill. 2001, *Journ. proc.*, 16 nov. 2001, p. 28, § 45 où la Haute Juridiction estima que les éléments de preuve étaient insuffisants, les propos litigieux excédant dès lors les limites de la critique admissible (§ 45).

3. Cour eur. D.H., arrêt *Lingens* du 8 juill. 1986, précité, § 46; Cour eur. D.H., arrêt *Oberschlick c. l'Autriche* du 23 mai 1991, précité, § 63; Cour eur. D.H., arrêt *Jerusalem c. l'Autriche* du 27 févr. 2001, *Mediaforum*, 2001, p. 129, note G. SCHUUT, § 42.

4. Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique* du 24 févr. 1997, précité, § 47; Cour eur. D.H., arrêt *Feldek c. la Slovaquie* du 12 juill. 2001, précité, § 46; Cour eur. D.H., arrêt *Jerusalem c. l'Autriche* du 27 févr. 2001, précité, § 43. Dans ce dernier arrêt, la Cour a en outre considéré que pour déterminer la base factuelle du jugement de valeur incriminé, l'Etat doit permettre aux parties de prouver la véracité de leurs déclarations en leur offrant une possibilité effective de produire des éléments à l'appui de leur thèse. En l'espèce, les autorités autrichiennes ont dépassé la marge d'appréciation dont elles disposaient en exigeant la preuve de la déclaration tout en refusant d'examiner les éléments de preuve disponibles (§§ 45-46).

5. Sur ce thème, voir D. SPIELMAN, 'Du principe de proportionnalité dans la mise en œuvre de la responsabilité du journaliste', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Thoma c. le Luxembourg* du 29 mars 2001, *Rev. trim. D.H.*, 2002, pp. 210 et s. et G. KEMPER, note sous Cour eur. D.H., arrêt *Thoma c. le Luxembourg* du 29 mars 2001, *Mediaforum*, 2001, p. 167.

6. Cour eur. D.H., arrêt *Thoma c. le Luxembourg* du 29 mars 2001, *Rev. trim. D.H.*, 2002, p. 209, obs. D. SPIELMAN, § 64.

7. *Ibid.*, § 63.

8. Sur ce thème, voir notamment P. LAMBERT, 'La liberté de la presse et la réputation de l'homme politique', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Oberschlick c. l'Autriche* du 23 mai 1991, *Rev. trim. D.H.*, 1992, p. 383; F. JONGEN, 'La critique du politique par la presse', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Lingens* du 8 juill. 1986, *J.L.M.B.*, 2000, p. 13; M. LEVINET, 'Vers un infléchissement de l'autolimitation du juge européen des droits de l'homme en matière d'exercice des droits politiques', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Bouwman c. le Royaume-Uni* du 19 févr. 1998, *Rev. trim. D.H.*, 2000, pp. 54 et s.; S. DEPRÉ, 'La liberté d'expression, la presse et la politique', *Rev. b. dr. const.*, 2001, pp. 375 et s.

40. Il y a peu de place, au sens de l'article 10, § 2, pour des restrictions à la liberté d'expression lorsque sont en cause des discours politiques ou des débats sur des thèmes d'intérêt public¹. La protection du débat politique est une caractéristique essentielle de toute société démocratique et la Cour ne tolère des restrictions à celui-ci que moyennant de solides motivations². A cet égard, sont intéressants les treize arrêts rendus par la Cour le 8 juillet 1999 et mettant en cause la Turquie³. Dans onze de ceux-ci, la Cour conclut à la violation de l'article 10 et refusa dès lors d'avaliser la sanction des écrits ou propos litigieux, 'au motif principal [qu'ils] ne constituaient pas des discours de haine et de glorification de la violence ou du terrorisme, malgré parfois la virulence du style et le caractère acerbe de la critique de l'action des autorités turques, comme le révèle l'utilisation des termes 'terrorisme d'Etat' et 'génocide' utilisés dans un des médias'⁴. Par contre, lorsqu'il s'agit de propos incitant à la haine raciale ou propageant l'idée d'une race supérieure, la Cour se montre vigilante⁵ et rappelle qu'ils ne peuvent bénéficier de la protection de l'article 10⁶. On regrette à cet égard l'arrêt *Lehideux et Isorni* dans lequel la Cour estima, au terme d'une argumentation critiquable, que la France avait violé l'article 10 en condamnant pour apologie du crime de collaboration avec l'ennemi et de la politique du Maréchal Pétain en tant que chef du Gouvernement de Vichy, un ancien ministre et son avocat. Du reste, la portée de cet arrêt devrait demeurer assez réduite ou, à tout le moins, faire l'objet d'une interprétation très restrictive⁷.

41. Pour ce qui est de la critique du monde politique, la Cour énonça dans l'arrêt *Lingens* et rappela fréquemment par la suite que 'le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique'⁸. Partant, les limites de la critique admissible sont 'plus larges à l'égard d'un homme politique, agissant en sa qualité de personnage public, que d'un simple particulier. L'homme politique s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens; il doit par conséquent montrer une plus grande tolérance, surtout lorsqu'il se livre lui-même à des déclarations publiques pouvant prêter à critique. Assurément, l'article 10, § 2, permet de protéger la réputation d'autrui, c'est-à-dire de chacun. L'homme politique en bénéficie lui aussi, même quand il n'agit pas dans le cadre de sa vie privée, mais en pareil cas, les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la discussion des questions politiques, les exceptions à la liberté d'expression appelant une interprétation étroite'⁹. Cette affirmation est également vraie à l'égard de ceux – particuliers, associations – qui mènent une vie publique ou sont actifs dans le domaine public¹⁰, tels les grands dirigeants d'entreprises¹¹. La Cour va parfois plus loin en estimant que la critique admissible est plus large encore à l'égard d'un gouvernement que d'un particulier ou même d'un politicien. Dans un système démocratique, les actions ou omissions d'un gouvernement doivent faire l'objet d'une attention particulière, non seulement des

1. Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. le Royaume-Uni* du 25 nov. 1996, précité, § 58; Cour eur. D.H., arrêt *Dichand et autres c. l'Autriche* du 26 févr. 2002, § 39; Cour eur. D.H., arrêt *Yagmurderelli c. la Turquie* du 4 juin 2002, § 43.

2. Cour eur. D.H., arrêt *Feldek c. la Slovaquie* du 12 juill. 2001, précité, § 83.

3. Cour eur. D.H., arrêts *Arslan, Baskaya et Okçuoglu, Ceylan, Erdogan et Ince, Gerger, Karatas, Okçuoglu, Polat, Sürek n°s 1, 2, 3 et 4, Sürek et Ozdemir* du 8 juill. 1999.

4. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, p. 135, n° 172.

5. Cour eur. D.H., arrêt *Jersild c. le Danemark* du 23 sept. 1994, précité.

6. Cour eur. D.H., arrêt *Ibrahim Aksoy c. la Turquie* du 10 oct. 2000, précité, § 26.

7. G. COHEN-JONATHAN, 'L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Isorni c. la France* du 23 sept. 1998, *Rev. trim. D.H.*, 1999, p. 381.

8. Cour eur. D.H., arrêt *Lingens* du 8 juill. 1986, précité, § 42.

9. Cour eur. D.H., arrêt *Colombani et autres c. la France* du 25 juin 2002, § 56; Cour eur. D.H., arrêt *Lingens* du 8 juill. 1986, précité, § 42; Cour eur. D.H., arrêt *Oberschlick c. l'Autriche* du 23 mai 1991, précité, § 59; Cour eur. D.H., arrêt *Lopez Gomez da Silva c. le Portugal* du 28 sept. 2000, précité, § 12; Cour eur. D.H., arrêt *Krone Verlag GmbH & Co. Kg c. l'Autriche* du 26 févr. 2002, précité, § 35.

10. Cour eur. D.H., arrêt *Jerusalem c. l'Autriche* du 27 févr. 2001, précité, § 39.

11. Cour eur. D.H., arrêt *Fressoz et Roire c. la France* du 21 janv. 1999, précité, § 50.

pouvoirs judiciaire et législatif, mais aussi de la part de l'opinion publique¹. Le Gouvernement fera donc preuve de retenue en répondant aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires, et s'il recourt à la voie pénale, veillera à adopter une réaction adéquate et non excessive².

De même, la liberté d'expression revêt une importance particulière au sein du Parlement ou des organes comparables³ et spécialement pour l'élu politique dans la mesure où 'il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts'⁴. Dans l'exercice de ses fonctions, il pourra donc exprimer librement ses opinions, puisque ces dernières ne sont rien d'autre – en principe – que le reflet des opinions des électeurs⁵. Ce principe s'applique qu'il s'exprime devant une assemblée démocratique ou par d'autres moyens (presse, télévision), quoique dans ce cas, la solution est contestée⁶.

C. LIBERTÉ D'EXPRESSION ET VIE PRIVÉE

42. La Convention européenne des droits de l'homme garantit, en son article 8⁷, le droit au respect de la vie privée et familiale. A l'instar de la liberté d'expression, ce droit ne peut faire l'objet d'une ingérence de la part d'une autorité publique que moyennant le respect des conditions cumulatives énoncées au paragraphe 2 de l'article 8. La restriction doit être prévue par la loi et être nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre l'un des buts énumérés. Parmi ceux-ci, l'objectif de 'protection des droits et libertés d'autrui' mérite d'être mentionné en ce qu'il consacre le principe selon lequel 'une liberté s'arrête là où commence la liberté d'autrui'⁸. La protection de la vie privée peut ainsi entrer en conflit avec la liberté d'expression. Pour résoudre ce conflit, on a recours à la méthode la pondération des intérêts en présence⁹. Ainsi, on se demande si l'information transmise au public 'satisfait un intérêt légitime, si elle présente une utilité sociale et si elle n'inflige pas à la personne mise en cause une souffrance disproportionnée'¹⁰.

La Cour s'est prononcée sur des conflits entre vie privée et liberté d'expression, spécialement lorsque étaient impliqués des hommes politiques. Dans cette circonstance, elle rappela que l'article 10, § 2, permet de protéger la réputation d'autrui, et 'que l'homme politique en bénéficie lui aussi, même quand il n'agit pas dans le cadre de sa vie privée, mais en pareil cas, les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques'¹¹. Les hommes politiques doivent donc faire preuve d'une plus grande tolérance. On peut aussi mentionner dans ce cadre l'arrêt *De Haes et Gijssels*¹². Dans cette affaire, la Cour d'appel de Bruxelles reprochait aux journalistes de s'être fondés sur les conceptions idéologiques de magistrats – relevant de leur vie privée – pour leur imputer un manque d'impartialité dans une affaire sensible. La

1. Cour eur. D.H., arrêt *Sener c. la Turquie* du 18 juill. 2000, § 40; Cour eur. D.H., arrêt *Sürek c. la Turquie* n° 1 du 8 juill. 1999, § 61.

2. Cour eur. D.H., arrêt *Incal c. la Turquie* du 9 juin 1998, § 54; Cour eur. D.H., arrêt *E.K. c. la Turquie* du 7 févr. 2002, § 70.

3. Cour eur. D.H., arrêt *Jerusalem c. l'Autriche* du 27 févr. 2001, précité, § 40.

4. Cour eur. D.H., arrêt *Castells c. l'Espagne* du 23 avril 1992, précité, § 42; Cour eur. D.H., arrêt *Piermont c. la France* du 27 avril 1995, *Public. Cour eur. D.H.*, 1995, série A, n° 314, *J.T.-dr. eur.*, 1995, p. 117, *Rev. trim. D.H.*, 1996, p. 353, obs. J.-F. FLAUS, § 76; Cour eur. D.H., arrêt *Ibrahim Aksoy c. la Turquie* du 10 oct. 2000, précité, § 22; Cour eur. D.H., arrêt *Jerusalem c. l'Autriche* du 27 févr. 2001, précité, § 36.

5. S. DEPRÉ, *o.c.*, pp. 382-383; *adde*, Cour eur. D.H., arrêt *Jerusalem c. l'Autriche* du 27 févr. 2001, précité.

6. S. DEPRÉ, *o.c.*, p. 383.

7. Voir aussi l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 17 du Pacte relatif aux droits civils et politiques et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

8. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, p. 237, n° 443.

9. Voir J. RAVANAS, 'Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité', *Dalloz*, 2000, *Chron.*, pp. 460-461.

10. J. RAVANAS, *o.c.*, p. 461, n° 18. Aux Etats-Unis, voir J. TUMAN, 'Médias et vie privée aux Etats-Unis', *Légipresse*, 1999, n° 159, pp. 28 et s.

11. Cour eur. D.H., arrêt *Lingens* du 8 juill. 1986, précité, § 42.

12. Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique* du 24 févr. 1997, précité.

Cour européenne des droits de l'homme reconnu la violation de l'article 10: compte tenu de la gravité des circonstances et des questions traitées, l'ingérence dans la liberté d'expression n'était pas démontrée¹. Elle jugea néanmoins que la sanction des autorités belges à l'encontre des journalistes était justifiée, pour leur référence au passé du père de l'un des magistrats en cause. Elle considéra inacceptable 'qu'une personne soit exposée à l'opprobre en raison de faits propres à un membre de sa famille'².

D. LIBERTÉ D'EXPRESSION ET POUVOIR JUDICIAIRE

43. Les décisions rendues par la Cour sur des thèmes en relation avec le pouvoir judiciaire relèvent essentiellement de deux ordres: les unes ont trait aux garanties reconnues dans le cadre des procédures judiciaires, les autres aux commentaires dont le pouvoir judiciaire peut faire l'objet.

44. Les journalistes ont parfois tendance à s'ériger en juges 'conformément à certaines lois nationales, sont ainsi susceptibles de porter atteinte à l'autorité du pouvoir judiciaire des articles de presse qui préjugent d'une question litigieuse soumise à une juridiction, entraînant un manque de respect pour les voies légales ou une immixtion dans l'administration de la justice; qui sont de nature à exposer une partie au litige à un examen public et préjudiciable de sa thèse, dissuadant ainsi les plaideurs dans leur ensemble de s'adresser aux tribunaux; ou qui, en portant atteinte au secret de l'enquête, peuvent affecter la bonne marche de celle-ci'³.

La diffusion par les médias d'informations sur des procès en cours crée le risque de porter atteinte à d'autres droits garantis par la Convention et notamment le droit à un procès équitable et la présomption d'innocence consacrés à l'article 6.

La phase préparatoire (information et/ou instruction) est en principe secrète. Il résulte de la jurisprudence de la Cour et de la Commission que commet une infraction à l'article 6, § 2, l'autorité publique qui, dans une communication à la presse au sujet d'une personne accusée d'infraction, incite le public à croire en la culpabilité de cette personne et préjuge ainsi de l'appréciation des faits qui sera donnée par les juges compétents⁴. On attend dès lors de ces autorités qu'elles fassent preuve de discrétion et de réserve pour éviter autant que possible les mauvaises interprétations du public. S'agissant des devoirs des organes de presse en matière de secret de l'information et de l'instruction, on peut déduire de l'arrêt *Weber*⁵ que si la loi peut établir des infractions en cas de violation de cette obligation pour assurer le bon déroulement de l'enquête, la révélation de certains éléments de l'instruction ne constitue pas systématiquement une infraction. Il faut en effet prendre en compte le caractère plus ou moins secret de ces éléments et la notoriété qu'aurait acquise le fait suite à une divulgation antérieure⁶.

De même, dans l'arrêt *Worm*, la Cour estime qu'à condition de ne pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice, les comptes rendus de procédures judiciaires, y compris les commentaires, contribuent à les faire connaître et sont donc parfaitement compatibles avec l'exigence de publicité de l'audience énoncée à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. A la fonction des médias consistant à communiquer de telles informations et idées s'ajoute le droit pour le public d'en recevoir. Cela est d'autant plus vrai lorsque le procès est celui

1. *Ibid.*, § 49.

2. *Ibid.*, § 45.

3. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, p. 121, n° 251. Voir aussi Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times n° 1* du 26 avril 1979, précité, § 57.

4. J. VELU, 'Propos sur les normes européennes applicables aux relations entre la justice et la presse', *Bull.*, 1996, p. 47, n° 32.

5. Cour eur. D.H., arrêt *Weber* du 22 mai 1990, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 177, §§ 41-52.

6. J. VELU, 'Propos sur les normes européennes applicables aux relations entre la justice et la presse', *Bull.*, 1996, pp. 50-51, n° 34.

d'un personnage connu tel qu'un ancien ministre comme en l'espèce [ou qu'est impliquée une personne qui s'est exposée à un contrôle attentif du public en exprimant des opinions extrémistes]¹. [...] Cependant, comme tout un chacun, les personnalités connues sont en droit de bénéficier d'un procès équitable tel que garanti à l'article 6, ce qui, en matière pénale, comprend le droit à un tribunal impartial. Les journalistes doivent s'en souvenir [...] car les limites du commentaire admissible peuvent ne pas englober des déclarations qui risqueraient, intentionnellement ou non, de réduire les chances d'une personne de bénéficier d'un procès équitable ou de saper la confiance du public dans le rôle tenu par les tribunaux dans l'administration de la justice². Le droit à la présomption d'innocence entre donc 'en ligne de compte dans l'exercice de mise en balance des divers intérêts en présence auquel la Cour doit procéder'³. A cet égard, il faut noter l'arrêt *Constantinescu* dans lequel la Cour semble avoir fait primer la forme, avec l'article 6 – dont le caractère est essentiellement procédural –, sur le fond, l'article 10 protégeant le droit substantiel à la liberté d'expression⁴. Dans cette affaire, l'une des parties se plaignait d'avoir été condamnée par le tribunal départemental de Bucarest sans avoir été entendue en personne. La Cour a estimé que l'article 10 de la Convention était respecté, mais a reconnu la violation de l'article 6 (et plus précisément du principe du contradictoire). Ce faisant, elle paraît admettre que la liberté d'expression au cours du procès pénal puisse être protégée en vertu de l'article 6, qui garantit notamment la libre discussion lors de l'audience⁵.

Au titre du procès équitable, la Cour a également rappelé que l'on ne peut contraindre quelqu'un à témoigner contre lui-même, à peine d'enfreindre le droit à la liberté d'expression, qui garantit aussi celui de se taire⁶.

45. Concernant les critiques à l'encontre du pouvoir judiciaire et de ses membres, sont à mettre en balance, d'une part, la nécessité d'assurer une libre discussion sur les affaires judiciaires en cours et le fonctionnement du pouvoir judiciaire en général, d'autre part, les motifs de l'article 10, § 2, notamment la protection des droits et de la réputation des magistrats et la sauvegarde de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire⁷. A la suite de Jacques VELU, on retiendra les principes suivants⁸. Dans sa mission de garant de la justice, le pouvoir judiciaire poursuit un objectif majeur que tout Etat de droit doit garantir. Une protection contre les critiques excessives, destructrices et inutilement préjudiciables doit dès lors être organisée. Celle-ci se justifie d'autant plus lorsque les magistrats – que le devoir de réserve empêche de réagir – sont l'objet d'allégations graves et dénuées de fondement.

1. Cour eur. D.H., arrêt *News Verlags GmbH & CoKG c. l'Autriche* du 11 janv. 2000, § 41.

2. Cour eur. D.H., arrêt *Worm c. l'Autriche* du 29 août 1997, précité, § 50. Voy aussi A. BERTHE, 'Le compte-rendu et l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Worm c. l'Autriche* du 29 août 1997, *Rev. trim. D.H.*, 1998, pp. 619 et s.; S. HOEBEKE, 'Abus de presse ou déni de justice?', *AM*, 2003, pp. 28 et s.

3. Cour eur. D.H., arrêt *News Verlags GmbH & CoKG c. l'Autriche* du 11 janv. 2000, § 41. Sur ce point voir aussi O. BACHELET, 'La liberté d'expression et le procès en diffamation, la forme l'emporte sur le fond', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Constantinescu c. la Roumanie* du 27 juin 2000, *Rev. trim. D.H.*, 2002, p. 163 et l'arrêt annoté.

4. O. BACHELET, *o.c.*, p. 168.

5. *Ibid.*

6. Cour eur. D.H., arrêt *K. c. l'Autriche* du 13 oct. 1992, *Rev. trim. D.H.*, 1994, p. 243 et les observations de O. KLEES, 'De l'obligation de témoigner au droit au silence'.

7. J. VELU, 'Propos sur les normes européennes applicables aux relations entre la justice et la presse', *Bull.*, 1996, p. 67, n° 43.

8. J. VELU, 'Propos sur les normes européennes applicables aux relations entre la justice et la presse', *Bull.*, 1996, pp. 67-68, n° 43; voir aussi S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, pp. 124 et s., spéc. pp. 128-129, n° 255; P. DE FONTBRESSIN, 'Liberté d'expression, vie privée et impartialité du juge', obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique* du 24 févr. 1997, *Rev. trim. D.H.*, 1998, pp. 581 et s.; Cour eur. D.H., arrêt *Barfod c. le Danemark* du 22 févr. 1989, précité; Cour eur. D.H., arrêt *Prager et Oberschlik c. l'Autriche* du 26 avril 1995, précité; Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique* du 24 févr. 1997, précité.

Dans cet ordre d'idées, la Cour a rappelé dans l'arrêt *Prager et Oberschlick* que 'l'action des tribunaux, qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un Etat de droit, a besoin de la confiance du public. Aussi convient-il de la protéger contre des attaques dénuées de fondement, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats de réagir'¹. Elle nuance néanmoins en ajoutant que 'la presse représente l'un des moyens dont disposent les responsables politiques et l'opinion publique pour s'assurer que les juges s'acquittent de leurs hautes responsabilités conformément au but constitutif de la mission qui leur est confiée. En militant dans un parti politique, quelle qu'en soit l'orientation, un magistrat met en péril l'image d'impartialité et d'indépendance que la justice se doit toujours et invariablement de donner'².

E. LIBERTÉ D'EXPRESSION ET MESURES PRÉVENTIVES

46. A la lecture de l'article 10, il n'apparaît pas que celui-ci interdise toute restriction préalable à la publication³. Une telle interprétation peut s'autoriser des termes mêmes de l'article – 'conditions', 'restrictions', 'empêcher' et 'prévention' –, mais également des arrêts *Sunday Times n° 1* et *Markt intern Verlag*⁴. 'De telles restrictions présentent pourtant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux: il en va spécialement ainsi dans le cas de la presse: l'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt. Ce risque existe également s'agissant de publications, autres que les périodiques, qui portent sur un sujet d'actualité'⁵.

La mesure préventive devra donc remplir les conditions posées par le paragraphe 2 de l'article 10: légalité, objectif légitime et caractère nécessaire dans une société démocratique. Sur ce dernier aspect, la Cour vérifie en particulier si la mesure restrictive est pertinente et proportionnelle. Elle eut l'occasion de juger que l'interdiction de diffusion ou de publication ne possédait pas cette caractéristique dès lors que l'information en question avait déjà fait l'objet d'une publication ou n'était plus secrète⁶.

F. LIBERTÉ D'EXPRESSION ET SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

47. Nonobstant l'absence de décision en ce sens, on peut considérer que l'article 10 de la Convention s'applique à tous les médias, en ce compris les

1. Cour eur. D.H., arrêt *Prager et Oberschlick c. l'Autriche* du 26 avril 1995, précité, § 34; Cour eur. D.H., arrêt *A. Perna c. l'Italie* du 25 juill. 2001, précité, § 38.

2. Cour eur. D.H., arrêt *Prager et Oberschlick c. l'Autriche* du 26 avril 1995, précité, § 34; Cour eur. D.H., arrêt *A. Perna c. l'Italie* du 25 juill. 2001, précité, § 40, et, *mutatis mutandis*, Cour eur. D.H., arrêt *Buscemi c. l'Italie*, § 67.

3. Sur ce point, voir O. DE THEUX, 'A propos du fondement juridique des mesures de censure en matière de presse audiovisuelle', *Journ. proc.*, 2001, n° 427, pp. 15-19 et n° 428, pp. 20-22; F. TULKENS et F. STROWEL, 'Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias', in A. STROWEL et F. TULKENS (sous la dir. de), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 69 et s.; D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX: censure illicite ou mesure nécessaire', note sous Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, pp. 250 et s., spéc. pp. 255 et s.

4. Cour eur. D.H., arrêt *Association Ekin c. la France* du 17 juill. 2001, précité, § 19.

5. Cour eur. D.H., arrêt *Association Ekin c. la France* du 17 juill. 2001, précité, § 19; voir aussi Cour eur. D.H., arrêt *Observer et Guardian c. le Royaume-Uni* du 24 oct. 1991, précité, § 60.

6. D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX: censure illicite ou mesure nécessaire', *o.c.*, p. 256. Voir Cour eur. D.H., arrêt *Observer et Guardian c. le Royaume-Uni* du 24 oct. 1991, précité, §§ 66-70; Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. le Royaume-Uni n° 2* du 26 nov. 1991, *R.U.D.H.*, 1992, p. 35, §§ 52-56.

nouvelles technologies de l'information et de la communication et l'internet¹, quels que soient la forme ou le contenu de l'information (images, sons...). Compte tenu de la convergence entre les différents médias, il semble opportun de les identifier eu égard aux services qu'ils permettent ou aux fonctions remplies et pas selon leurs caractéristiques techniques ou le mode de transmission de l'information². On peut dès lors jeter un regard prospectif sur la réaction que la Cour adoptera sans doute à l'égard des prétendues ingérences dans la liberté d'expression. On peut estimer que ces ingérences seront essentiellement de deux ordres³, les unes prenant la forme de conditions d'accès au marché, pour sauvegarder le pluralisme des médias (1) et les autres formulant des règles de comportement, pour protéger les valeurs de la société démocratique (morale, autorité et impartialité du pouvoir judiciaire, sécurité nationale, respect des droits d'autrui...) (2). Il faut ajouter que l'accès de tous aux nouvelles technologies constitue un préalable nécessaire pour garantir la liberté d'expression et les autorités publiques devront assurer un tel accès⁴. Conformément à sa jurisprudence – dont on peut regretter la géométrie variable –, la Cour appréciera probablement la marge d'appréciation des Etats et la proportionnalité de la mesure en fonction du thème abordé et de la nature des sites ou forums incriminés⁵.

1. Pluralisme des médias

48. Sans entrer dans les détails⁶, on se contente de noter qu'en vertu de l'article 10 de la Convention, un certain pluralisme parmi les médias doit être garanti, notamment par la prohibition des concentrations susceptibles de mettre en péril la libre expression des idées et des opinions. Avec le développement des nouvelles technologies, il faut être particulièrement vigilant pour veiller à la sauvegarde de ce pluralisme.

2. Ingérences destinées à protéger les valeurs de la société démocratique

49. Voyons à présent quels types de sites ou forums de discussion peuvent se présenter et la position que la Cour devrait adopter à leur égard.

50. En présence d'un site censuré pour des informations à contenu politique, le contrôle de la Cour sera assez strict. De manière générale, si l'on parvient à démontrer l'importance du site pour le débat démocratique et que le thème abordé

1. En ce sens, C. UYTENDAELE et J. DUMORTIER, 'Free Speech on the Information Superhighway: European Perspectives', *The John Marshall Journal of Computer and Information Law*, 1997, p. 925; C. POIREL, 'La politique du Conseil de l'Europe à l'égard de la liberté d'expression et d'information dans le cadre de la société de l'information', *Actes du colloque international organisé par la Commission nationale française pour l'UNESCO sur le thème de 'La liberté d'expression dans la société de l'information'*, Paris, 2002, p. 161.

2. C. LAMOULINE et Y. POULLET, *Des autoroutes de l'information à la 'Démocratie électronique' – De l'impact des technologies de l'information et de la communication sur nos libertés*, Rapport présenté au Conseil de l'Europe, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 52-53.

3. C. UYTENDAELE et J. DUMORTIER, *o.c.*, p. 925; P. VALCKE, 'Democratie en diversiteit op de informatiesnelweg: beschouwing over de vrijheid van meningsuiting op het Internet', *De rechten van mens op het Internet*, Referaten van de zesde studiedag van het Interuniversitair Centrum voor Mensenrechten, KULeuven, 2 oct. 1998, Anvers, Maklu, 2000, pp. 103 et s.

4. C. UYTENDAELE et J. DUMORTIER, *o.c.*, p. 935.

5. Aux Etats-Unis, la Cour suprême semble accrédiiter l'idée d'une réglementation différenciée en fonction de la nature du site en considérant que 'réglementer certaines parties d'Internet...' pourrait constituer une alternative moins restrictive que l'application des dispositions du Communication Deceny Act (A. KLEBES-PELISSIER, 'Internet et la liberté d'expression – A propos de l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis *Reno v. American Civil Liberties Union* (A.C.L.U.) du 26 juin 1997', *R.U.D.H.*, 1998, p. 397).

6. Sur ce point, voir P. VALCKE, *o.c.*, pp. 118 et s.; C. UYTENDAELE et J. DUMORTIER, *o.c.*, pp. 928 et s.; C. POIREL, 'La politique du Conseil de l'Europe à l'égard de la liberté d'expression et d'information dans le cadre de la société de l'information', *Actes du colloque international organisé par la Commission nationale française pour l'UNESCO sur le thème de 'La liberté d'expression dans la société de l'information'*, Paris, 2002, p. 162.

relève de l'intérêt général, la marge d'appréciation des Etats sera assez mince¹ et la Cour sanctionnera plus facilement la violation de l'article 10. Un auteur se demande d'ailleurs s'il ne faudrait pas accorder au citoyen s'exprimant à travers le réseau sur des thèmes d'intérêt général la même protection qu'au journaliste professionnel, en lui permettant d'adopter le ton qui lui convient ou en l'autorisant à protéger ses sources². Dès lors que les compétences techniques et la capacité financière ne constituent pas un obstacle pour communiquer à travers le réseau, tout citoyen peut en effet bénéficier par ce biais d'une tribune à l'audience potentiellement large³.

Par contre, s'il s'agit d'une page Web qui porte atteinte à la morale en diffusant des images à contenu pornographique, on suppose que la Cour, tout en insistant sur la nécessité d'interpréter strictement toute ingérence dans la liberté d'expression, concédera une large marge d'appréciation aux Etats⁴. Eu égard à l'impossibilité de dégager une notion concordante de morale au sein de ceux-ci, elle se contentera dès lors de vérifier la proportionnalité de la mesure. Toutefois, la Cour a précisé qu'elle 'ne saurait admettre que l'Etat possède, dans le domaine de la protection de la morale, un pouvoir discrétionnaire absolu et insusceptible de contrôle'⁵. Si l'on peut appliquer par analogie les solutions adoptées en matière de presse écrite ou d'audiovisuel à l'internet, certains problèmes se poseront néanmoins. En effet, en raison du caractère international du réseau, les standards sur lesquels la Cour se base pour apprécier l'ingérence varient considérablement d'un Etat à l'autre, même s'il existe une concordance de vue pour certains thèmes sensibles, comme la pornographie impliquant des mineurs⁶. Aux Etats-Unis, dans un arrêt du 26 juin 1997⁷, la Cour suprême n'a pas hésité à déclarer inconstitutionnelles deux dispositions relatives à la lutte contre la pornographie sur le réseau, figurant au Titre V de la loi sur les télécommunications du 8 février 1996, conférant ainsi une portée absolue au Premier Amendement à la Constitution. De l'avis d'un auteur, l'arrêt instaure 'une véritable présomption d'illicéité des restrictions envisagées à la liberté d'expression, consacrant par là même la primauté de l'accès à l'information'⁸.

Dans la mesure où l'internet constitue un canal privilégié pour la communication de masse, il encourage le débat public et permet de justifier une intervention limitée de l'Etat dans le 'marché de l'expression'⁹. Dans ce sens, une interprétation restrictive des exceptions à la liberté d'expression s'impose. Par ailleurs, l'objet de la liberté d'expression doit s'entendre dans un sens assez large : elle ne se réduit pas à la liberté de l'information : 'ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique'¹⁰. Mais certaines précautions doivent être prises, principalement à l'égard des jeunes.

51. L'ingérence sera également soumise au test de proportionnalité. La Cour tâchera de pondérer les intérêts en présence et se demandera si un autre moyen, éventuellement moins restrictif, n'aurait pu être envisagé pour sauvegarder

1. E.-J. DOMMERING, 'Een Tirolse politiemann of een Tirolse privé detective? Over het Internet en het mediarecht', K. BYTTEBIER, R. FELTKAMP et E. JANSSENS (éd.), *Internet en Recht*, Anvers, Maklu, 2001, n° 30.

2. P.-F. DOCQUIR, 'Contrôle des contenus sur Internet et liberté d'expression au sens de la Convention européenne des droits de l'homme', <http://www.droit-technologie.org>, 2002, pp. 30-31, n° 39.

3. *Ibid.*

4. Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autres* du 24 mai 1988, précité; Cour eur. D.H., arrêt *Handyside* du 7 déc. 1976.

5. Cour eur. D.H., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. l'Irlande* du 29 oct. 1992, précité, § 68.

6. Voir notamment M. PRÉVOT, 'Liberté d'expression et pornographie enfantine sur Internet. Approche comparative entre les Etats-Unis et l'Europe', *Ubiquité*, 2002, pp. 61 et s.

7. *Reno, Attorney General of the United States v. American Civil Liberties Union*, 117 S.Ct 2329 (1997). Pour un commentaire de cet arrêt, voir A. KLEBES-PELISSIER, *o.c.*, p. 393.

8. A. KLEBES-PELISSIER, *o.c.*, p. 397.

9. A. KLEBES-PELISSIER, *o.c.*, p. 401.

10. Cour eur. D.H., arrêt *Müller et autres* du 28 avril 1988, précité.

l'objectif poursuivi. A cet égard, il faut souligner les caractéristiques de la société de l'information: l'internet est un réseau ouvert et international, ce qui risque de priver la mesure étatique de toute effectivité (problèmes en matière de droit international privé, sanctions inopérantes...). D'autres moyens, fondés notamment sur les règles que se donnent les utilisateurs du réseau – les autorités publiques intervenant éventuellement à titre complémentaire – pourraient être mis en œuvre pour lutter contre les abus en matière de liberté d'expression et protéger ainsi les droits ou libertés concurrents¹. Enfin, la responsabilisation des acteurs est également un élément primordial, sans lequel aucune liberté ne peut être réellement protégée². La liberté d'expression ne déroge pas à cette règle.

SECTION 3. LES TEXTES BELGES

52. La présente section a pour objet l'analyse des dispositions juridiques, pour la plupart constitutionnelles, relatives à la liberté d'expression en général et à la liberté de la presse en particulier. Notre exposé s'articule en quatre parties. Dans la première sont envisagés les textes garantissant la liberté d'expression et de la presse (§ 1). Ensuite, on examine la constitutionnalité des mesures préventives au regard de l'article 25, alinéa 1^{er}, de la Constitution et de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (§ 2). Les 'délits de presse' retiennent également notre attention dans la mesure où, sauf pour ceux inspirés par le racisme et le révisionnisme, la cour d'assises est compétente (§ 3). Sur ce point, on s'interroge sur l'opportunité du régime et sur l'existence d'autres perspectives. Enfin, on se demande si les principes posés peuvent être étendus à l'audiovisuel et à l'internet (§ 4). Nous passons ici sous silence le régime de responsabilité en cascade élaboré par l'article 25, alinéa 2, de la Constitution: celui-ci sera étudié en détail dans le chapitre consacré à l'imputabilité de la responsabilité.

§ 1. La liberté d'expression et la liberté de la presse

53. L'article 19 de la Constitution garantit la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de cette liberté. Plus spécifiquement, pour ce qui est de la presse, l'article 25 rappelle que cette dernière est libre et édicte certaines règles pour garantir l'effectivité de cette liberté. En ce sens tout d'abord, la censure et le cautionnement³ sont expressément interdits. Ensuite, un régime de responsabilité en cascade est organisé, qui visait originellement à prémunir le journaliste contre la censure de la part des auxiliaires de la presse (éditeurs, imprimeurs, distributeurs, etc.). Enfin, le délit de presse bénéficie d'un régime répressif de faveur⁴: pour garantir, notamment, une publicité renforcée aux procès de presse, le jury d'assises est établi en cette matière – sauf pour les délits inspirés par le racisme et la xénophobie (art. 150

1. C. LAMOULINE et Y. POULLET, *o.c.*, p. 82. Voir aussi D. MALBERT, 'Synthèse', *Actes du colloque international organisé par la Commission nationale française pour l'UNESCO sur le thème de 'La liberté d'expression dans la société de l'information'*, Paris, 2002, pp. 189 et s.

2. J. RAVANAS, *o.c.*, p. 462; C. POIREL, 'La politique du Conseil de l'Europe à l'égard de la liberté d'expression et d'information dans le cadre de la société de l'information', *Actes du colloque international organisé par la Commission nationale française pour l'UNESCO sur le thème de 'La liberté d'expression dans la société de l'information'*, Paris, 2002, p. 161.

3. Il s'agit du versement de sommes d'argent pour garantir les dommages que les publications pourraient occasionner.

4. F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2000, pp. 242-243, n° 232. Voir aussi B. DEJEMEPPE, 'La responsabilité pénale', in A. STROWEL et F. TULKENS (sous la dir. de), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 139.

Const.) – et ‘le huis clos ne peut être prononcé qu’à l’unanimité’ (art. 148, al. 2, Const.); en outre, la citation directe et la détention préventive sont exclues¹.

54. La jurisprudence a par ailleurs eu l’occasion de rappeler que la liberté de presse et la liberté d’expression sont des droits constitutionnels et qu’à ce titre, ils sont ‘d’une importance déterminante pour le fonctionnement d’un Etat de droit’² ou encore que la liberté de la presse ‘est un des piliers de notre démocratie et un rempart contre l’arbitraire’³.

§ 2. La prohibition des mesures préventives

55. L’interdiction des mesures préventives a donné lieu à une abondante jurisprudence, pas toujours concordante⁴. Le texte de base est l’article 25 de la Constitution qui prohibe toute forme de censure.

La Cour de cassation considère cependant qu’il ne s’applique qu’en matière de presse écrite (sur ce point, voir *infra*, n° 80). La légalité des mesures préalables dans le domaine de l’audiovisuel ou des nouveaux médias électroniques devra donc être recherchée ailleurs.

Dans un premier temps, on étudie le régime de l’article 25, alinéa 1^{er}, de la Constitution pour tenter de cerner l’interprétation qu’en donne la jurisprudence (A). A cet égard, même en matière de presse écrite, les juges s’interrogent sur la conformité de la mesure avec l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme, qui prescrit un certain nombre de conditions pour admettre les ingérences dans la liberté d’expression. Dans la mesure où c’est également cette disposition – et elle seule – qui régit les mesures préalables en matière d’audiovisuel, on s’intéresse à la manière dont les juges belges se sont prononcés sur le sujet (B).

A. LE RÉGIME DE L’ARTICLE 25, ALINÉA 1^{er}, DE LA CONSTITUTION

56. Avant d’exposer les solutions forgées par la jurisprudence, il convient de préciser très exactement les hypothèses dans lesquelles l’article 25, alinéa 1^{er}, trouve à s’appliquer. On tâche dès lors de déterminer ce qu’il faut entendre par ‘censure’, en reprenant sur ce point les conclusions d’un récent arrêt de la Cour de cassation.

1. Notion de censure

57. Dans un arrêt du 29 juin 2000 concernant la publication d’un article de presse, la Cour de cassation a mis fin à une controverse en précisant que lorsque l’hebdomadaire contenant l’article litigieux avait été imprimé et mis en vente et qu’il ‘avait déjà reçu une large diffusion au moment de la signification de l’ordonnance de retrait’, les mesures ordonnées par le juge ne constituaient pas une censure au sens de l’article 25, alinéa 1^{er}, de la Constitution⁵. En d’autres termes, ‘la prohibition de la censure ne concern[e] que des interventions préalables à toute diffusion d’un média écrit’⁶. La Cour paraît se baser sur un critère de

1. Voir l’art. 8, al. 5, du décret du 19 juill. 1831 rétablissant le jury.

2. Civ. Bruxelles, 30 mai 2001, *AM*, 2002, p. 291.

3. Civ. Nivelles, 11 sept. 1997, *AM*, 1998, p. 157.

4. Pour un aperçu récent de l’ensemble de la jurisprudence, voir J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, ‘Le contrôle judiciaire de la presse’, *AM*, 2002, pp. 489-490 et les références citées.

5. Cass., 29 juin 2000, *Journ. proc.*, 2000, n° 398, p. 24, note F. TULKENS et A. STROWEL, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13473, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, note F. JONGEN, *R. Cass.*, 2001, p. 31, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 581, *AM*, 2000, p. 442, note E. BREWAEYS.

6. F. TULKENS et A. STROWEL, ‘L’arrêt Leempoel et Editions Ciné Revue: de l’art de mettre fin à une controverse’, obs. sous Cass., 29 juin 2000, *Journ. proc.*, 2000, n° 398, p. 30.

temps – le moment de l'intervention du juge – pour décider quand il y a censure, ce qui peut sembler en contradiction avec les intentions du Constituant de 1831 qui visaient surtout à empêcher toute intervention de l'Exécutif dans les médias¹.

Toujours est-il que, sur la base des critères dégagés par la Cour – impression, mise en vente et large diffusion – la détermination de la frontière entre la censure prohibée et l'interdiction de diffusion légale sera parfois délicate à apprécier². En effet, à partir de quand y a-t-il impression? A quelle date l'écrit est-il mis en vente? Qu'entend-on par *large* diffusion? Faut-il que la revue ou le livre soient distribués dans les points de ventes, qu'ils soient reçus par les abonnés? En outre, l'intervention du juge des référés dépendra en pratique du média utilisé: si, en matière télévisée et radiophonique, les programmes sont annoncés à l'avance et permettent dès lors d'intervenir avant la première diffusion, il n'en va pas de même de la presse écrite. Dans cette circonstance, les mesures préventives auront plutôt pour finalité d'empêcher toute nouvelle publication et d'organiser le retrait des ventes³.

Il appartiendra au juge des référés de clarifier ces problèmes *in concreto*, sur la base des éléments de faits. On peut toutefois tenter d'apporter quelques éléments de solution en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux éléments constitutifs du délit de presse. On recense traditionnellement quatre éléments: 'une infraction; l'abus dans la manifestation des opinions; le support de l'opinion; un écrit imprimé; la publicité donnée à l'opinion véhiculée par l'écrit imprimé'⁴. Intéressons-nous à cette dernière condition et voyons l'interprétation qui fut donnée à cette notion⁵. Il faut que l'écrit ait fait l'objet d'une publicité réelle et effective⁶. A cet égard, il n'est pas requis qu'un grand nombre de personnes ait pris effectivement connaissance du contenu, mais uniquement que le public en ait eu la possibilité⁷. De même, le nombre d'exemplaires à considérer pour qu'il y ait une diffusion réelle devra être apprécié *in concreto* par le juge. Si un roman à succès est interdit après la vente de 25 exemplaires, on peut difficilement parler de diffusion réelle. Par contre, s'il s'agit d'une thèse de doctorat à propension raciste qui est retirée du marché après la vente du 25^e exemplaire et qui a fait l'objet d'un débat public, on pourra parler de diffusion réelle⁸.

1. Selon F. JONGEN ('Le juge est-il censeur?', obs. sous Cass., 29 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 1593-1594), 'même si une telle interprétation ne correspond ni à l'état actuel de la jurisprudence, ni à ce qui est 'politiquement correct' en doctrine, [...] on peut soutenir que l'intervention d'un juge dans le cadre d'une procédure contradictoire, fût-ce en référé, ne constitue pas un acte de censure tel que prohibé par l'article 25 de la Constitution: la Cour aurait donc pu poursuivre plus loin son raisonnement'. Selon lui, on pourrait dès lors se fonder uniquement sur les critères posés par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

2. D. VOORHOOF, 'Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid en het verbod van censuur verder af', *R. Cass.*, 2001, p. 26, n° 2; S. VAN GARSSE, 'Het rechterlijk verspreidingsverbod: een kwestie van timing', *A.J.T.*, 2000-2001, p. 567; D. DE PRINS, 'De burgerlijke rechter en de persvrijheid', *R.W.*, 2000-2001, p. 1449.

3. J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, 'Le contrôle judiciaire de la presse', *AM*, 2002, p. 490.

4. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, p. 599, n° 986; P. ROBERT, 'La responsabilité civile du journaliste', *AM*, 2000, p. 19; D. DE PRINS, *o.c.*, p. 1449. Voir notamment Cass., 17 janv. 1990, *Pas.*, I, p. 582; Mons (mis. acc.), 14 janv. 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 506, note F. JONGEN; Gand, 9 juin 1997, *AM*, 1998, p. 46.

5. Sur ce point, voir D. DE PRINS, *o.c.*, pp. 1449-1450; S. VAN GARSSE, 'Het rechterlijk verspreidingsverbod: een kwestie van timing', *A.J.T.*, 2000-2001, p. 567; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, pp. 610-611, n° 1007 et pp. 621-623, n° 1020-1022.

6. Bruxelles, 29 oct. 1987, *Pas.*, II, 1988, p. 52. Voir aussi D. DE PRINS, *o.c.*, p. 1449; S. VAN GARSSE, 'Het rechterlijk verspreidingsverbod: een kwestie van timing', *A.J.T.*, 2000-2001, p. 567.

7. D. DE PRINS, *o.c.*, p. 1449.

8. *Ibid.* p. 1450.

2. Arguments développés par la jurisprudence en matière de presse écrite

58. Les mesures préventives d'interdiction de diffusion ou de publication de tout ou partie de l'ouvrage litigieux sont la plupart du temps demandées en référé¹. Les conditions de procédure édictées par l'article 584 du Code judiciaire doivent par conséquent être respectées, et notamment la condition d'urgence. Certains juges ont ainsi considéré qu'il n'y avait pas urgence, notamment lorsque la victime des écrits litigieux connaissait déjà le contenu du livre et qu'elle avait attendu l'arrivée sur le marché de la traduction française de l'ouvrage alors que la version néerlandaise avait déjà été publiée, d'autant que la publication avait fait l'objet d'une annonce au moyen d'un dépliant diffusé via internet et que plusieurs centaines d'exemplaires avaient été vendus². De même, des mesures furent refusées dans la mesure où le contenu du livre était déjà public et qu'une interdiction de publication ou de diffusion ne présentait aucun intérêt³.

Par ailleurs, l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2000 constitue en soi un paradoxe car dès l'instant où des mesures sont prises *a posteriori*, après une large diffusion, on peut légitimement s'interroger sur la compétence du juge des référés. Comment en effet prétendre qu'il y a urgence (art. 584 C. jud.) alors que l'article a déjà fait l'objet d'une large diffusion et que le dommage s'est déjà produit⁴? En définitive, tout est question d'espèce et certains juges ont accepté d'ordonner des mesures préventives même plusieurs semaines après la publication⁵.

Si la compétence du juge des référés est établie, encore faut-il distinguer, à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 29 juin 2000⁶, selon que la mesure est postulée avant ou après une large diffusion de l'écrit litigieux. Voyons dès lors les arguments qui ont été invoqués pour justifier ou au contraire refuser les mesures préventives en matière de presse écrite⁷.

1. Lorsqu'il intervient en référé, le juge ne peut ordonner que des mesures limitées dans le temps, jusqu'à la décision du juge du fond. Celles-ci prendront parfois la forme d'interdiction de diffusion provisoire, à titre conservatoire ou de diffusion moyennant l'occultation de certains messages ou l'adjonction d'une annonce reprenant la décision judiciaire ou un rectificatif (à ce sujet, F. TULKENS et F. STROWEL, 'Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias', in A. STROWEL et F. TULKENS (sous la dir. de), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larciér, 1998, pp. 85-86).
2. Civ. Anvers (réf.), 3 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 281. Voir aussi Gand (réf.), 12 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 280 où la Cour estime qu'il n'y a pas extrême urgence dès lors que le livre ne suscite plus le même intérêt médiatique et que la plus grande part du dommage a déjà été accomplie. *Contra*: Civ. Bruxelles (réf.), 23 oct. 1998, *AM*, 1999, p. 100 où les juges ont considéré qu'il y avait urgence tant que tous les exemplaires litigieux n'avaient pas été détruits et risquaient dès lors d'être distribués.
3. Civ. Liège (réf.), 19 oct. 1994, *J.T.*, 1995, p. 30, *Journ. proc.*, 1994, n° 272, p. 25; Civ. Arlon, (réf.), 25 août 1997, *AM*, 1998, p. 48, obs. D. VOORHOOF; Civ. Anvers (réf.), 19 sept. 1997, *AM*, 1997, p. 408, obs. D. VOORHOOF; Civ. Bruxelles (réf.), 4 févr. 1991, inédit, *R. L. c. C.-A. de T. et la S.P.R.L. E*. Voir aussi Civ. Anvers (réf.), 3 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 281; Gand (réf.), 12 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 280.
4. D. VOORHOOF, 'Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid en het verbod van censuur verder af', *o.c.*, p. 27, n° 5. En ce sens, voir Civ. Arlon (réf.), 25 août 1997, *AM*, 1998, p. 48, obs. D. VOORHOOF où le juge estime qu'en raison de la publicité importante déjà organisée autour du livre litigieux et de la large diffusion entreprise, l'efficacité de la mesure sollicitée est totalement incertaine, pour en conclure qu'à défaut d'urgence, la demande n'est pas fondée.
5. Voir Civ. Bruxelles (réf.), 14 juin 1999, *AM*, 2000, p. 111 (après 3 semaines) ou Civ. Bruxelles (réf.), 26 mai 1999, *AM*, 2000, p. 108 (après 15 jours).
6. Avant cet arrêt et sans la nuance de taille qu'il apporte, certaines juridictions ont considéré que la mesure d'interdiction postulée était contraire aux articles 19 et 25 de la Constitution, ceux-ci ne permettant que la sanction *a posteriori* des abus de la liberté de la presse. Voir Civ. Anvers (réf.), 4 juill. 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 84; Civ. Gand (réf.), 30 oct. 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 354, *AM*, 1999, p. 101 (le juge se base sur l'objectif de la Constitution lorsque celle-ci protège comme droits constitutionnels fondamentaux les libertés de presse et d'expression); Civ. Liège (réf.), 30 janv. 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 915. *Contra*, Anvers (réf.), 4 nov. 1999, *AM*, 2000, p. 89, note D. VOORHOOF (p. 166).
7. Sur ce point, voir la synthèse de D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX: censure illicite ou nécessaire?', note sous Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, pp. 241 et s.; *Idem*, 'Beperkingen op de expressievrijheid via de kortgedingrechter: een omstreden rechtsmiddel', note sous Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, *AM*, 1996, p. 168; *Idem*, 'De beoordeling in kort geding van de spoedeisendheid van een verspreidingsverbod van een gedrukte publicatie (boek, tijdschrift,...)', note sous Civ. Arlon (réf.), 25 août 1997, *AM*, 1998, p. 48. Voir aussi F. JONGEN, 'Chronique de jurisprudence – Droit des médias (1997-1998)', *Journ. proc.*, 1999, n° 372, pp. 24 et s., n°s 78 et s.

59. Si elle est demandée avant, elle constitue une mesure de censure qui, en vertu de l'article 25 de la Constitution, est interdite. Un juge a ainsi estimé que la mesure demandée constituait une forme de censure lorsque le public ne connaissait pas encore le contenu de l'ouvrage¹, ce qui semble conforme au raisonnement développé par la Cour de cassation.

Pourtant, on constate que certains juges ont interdit avant toute diffusion, voire le jour même de la publication, toute publication ou ont ordonné le retrait des exemplaires déjà diffusés, sous peine d'astreinte². Il est ainsi jugé que 'la liberté de la presse n'autorise pas l'atteinte à la présomption d'innocence, au respect de la vie privée ou au secret de l'instruction; que le devoir d'informer ne peut consister, par la façon dont il s'exerce, sacrifiant à un certain sensationnalisme, à traîner autrui dans la boue'³. En conséquence, il est ordonné de retirer de la vente les exemplaires litigieux, sous astreinte. Le juge considère en effet que 'la mesure [...] est absolument nécessaire pour, au provisoire, prévenir l'atteinte grave à l'honneur et à la réputation [...] et empêcher la survenance d'un dommage plus grand encore, même si le mal est déjà causé en partie'⁴. *A priori*, il s'agit d'actes de censure inconstitutionnels. Toutefois, dès lors que les mesures sont prononcées le jour même de la publication, soit après que les écrits litigieux ont déjà fait l'objet d'une certaine diffusion, la mesure peut se justifier.

Dans ce cadre, il faut aussi mentionner l'affaire dite de 'L'investigateur', du nom de cet hebdomadaire qui voulait publier une liste de présumés pédophiles (sur cette affaire, voir aussi *infra*, n° 146). J. NICOLAS, directeur de la publication, annonce début août 2000 qu'il va publier une telle liste dans le n° 54 de la revue, qui sera diffusée à partir du 10 août. Le 9 août, au nom de la menace pour la présomption d'innocence, pour la possibilité de reclassement des condamnés et pour les victimes, le juge, se prononçant sur requête unilatérale, interdit la publication ou la diffusion de tout écrit ainsi que la publication sur un site Web ou par tout autre média⁵. Cette ordonnance est signifiée à Jean NICOLAS le 10 août. Mais il apparaît par la suite que l'hebdomadaire a été déposé à La Poste dès le 8 août, pour permettre aux abonnés de le recevoir. Dès lors qu'une large diffusion de la liste a été rendue possible avant que soit rendue l'ordonnance du 9 août 2000, on peut difficilement parler de censure. Toute mesure d'interdiction doit s'apprécier au regard de l'article 10 de la Convention européenne. A ce titre, l'interdiction de publication nous semble justifiée. Ceci étant, dans la mesure où le juge ignorait cette diffusion, il semble qu'il ait posé un acte de censure inconstitutionnel. Au fond, dans une décision rendue le 11 septembre 2001, le juge déclare les actions de la Ligue des droits de l'homme ou des demandeurs en intervention volontaire irrecevables ou non fondées. Il était postulé que soient déclarées fautives la publication et la diffusion de la liste. En outre, étaient demandés le retrait des exemplaires de la revue disponibles sur le marché belge et l'allocation de dommages et intérêts⁶.

Ces ordonnances nous conduisent à penser qu'il serait peut-être souhaitable de revoir le principe de censure instauré par la Constitution. En effet, dès lors que la frontière entre mesures de censure interdites et mesures préalables autorisées est difficile à tracer, il semble préférable d'aménager l'interdiction constitutionnelle de censure pour soumettre toutes les mesures préventives au filtre de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

1. Civ. Bruxelles (réf.), 12 oct. 1990, *Journ. proc.*, 1990, n° 181, obs. F. JONGEN, *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 175.

2. Civ. Bruxelles (requ. unilat.), 29 mars 2001, inédit, *D. B. c. B.*; Civ. Bruxelles (requ. unil.), 11 janv. 2001, inédit, *RR* n° 2001/259/B, *T. c. B.*

3. Civ. Bruxelles (requ. unilat.), 29 mars 2001, inédit, *D. B. c. B.*; Civ. Bruxelles (requ. unil.), 11 janv. 2001, inédit, *RR* n° 2001/259/B, *T. c. B.*

4. Civ. Bruxelles (requ. unilat.), 29 mars 2001, inédit, *D. B. c. B.*

5. Civ. Namur (réf.), 9 août 2000, *Journ. proc.*, 2000, n° 398, p. 22, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1182, *Mediaforum*, 2000, p. 322.

6. Civ. Namur, 11 sept. 2001, *AM*, 2001, p. 489, *Journ. proc.*, n° 421, 2001, p. 23, note M. PREUMONT; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, 'Le contrôle judiciaire de la presse', *AM*, 2002, p. 499.

60. Le moment charnière de la diffusion ou de la publication passé, certaines juridictions interdirent la diffusion d'autres ouvrages au motif qu'il ne s'agissait que d'une mesure conservatoire visant à prévenir une aggravation ultérieure du dommage¹. Par contre, même à ce moment, des mesures furent refusées lorsque les propos tenus dans le livre ne constituaient pas une faute, les informations et opinions exprimées n'étant pas préjudiciables aux demandeurs².

Après la diffusion, les juges sont en principe tenus de vérifier la conformité de la mesure ordonnée avec les conditions de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme³ (sur ce point, voir *infra*, n^{os} 62 et s.).

61. Enfin, on doit mentionner le raisonnement développé par la Cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 8 février 1999⁴: celle-ci considère que le principe d'interdiction de la censure prévu à l'article 25, alinéa 1^{er}, de la Constitution ne s'applique que dans le cadre des délits de presse. Or, cette notion reçoit une interprétation restrictive de la Cour de cassation: pour l'article 150 de la Constitution, ne peut être qualifiée de délit de presse que l'expression délictueuse et publique d'un avis et d'une opinion (sur ce point, voir *infra*, n^o 80). L'interdiction de la censure ne vaudrait donc pas pour les informations, comme en l'espèce. En l'occurrence, il s'agissait en effet de données provenant d'un dossier pénal et publiées dans un livre sur l'affaire Dutroux. On ne peut que regretter une telle interprétation qui conduit à la non-application des garanties constitutionnelles aux nouveaux modes de communication et à la société de l'information et souhaiter une modernisation de la Constitution qui lèvera toute ambiguïté en la matière (sur ce point, voir *infra*, n^o 81).

B. L'INTERDICTION DES MESURES PRÉVENTIVES ET L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

62. En matière audiovisuelle⁵, il faut en principe se référer à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme pour apprécier la validité d'une mesure préventive. Dès à présent, il faut noter que certaines juridictions ont purement et simplement refusé les mesures préventives au motif que la 'Constitution interdit toute mesure préventive qui vise à ou qui a comme conséquence que des opinions déterminées, indépendamment de leur contenu, ne puissent être diffusées par le biais des médias'⁶, cette règle s'imposant au pouvoir judiciaire et

1. Anvers (réf.), 4 nov. 1999, *AM*, 2000, p. 89. A noter que dans cette affaire, sur requête unilatérale, le juge avait refusé de faire droit à la demande: Civ. Anvers (requ. unilat.), 28 oct. 1999, *AM*, 2000, p. 87; ce qui fut réformé en appel: Anvers (requ. unilat.), 29 oct. 1999, *AM*, 1999, p. 87. Voir aussi Bruxelles, 8 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1046; Civ. Bruxelles (réf.), 14 juin 1999, *AM*, 2000, p. 111.

2. Civ. Bruxelles (réf.), 26 mai 1999, *AM*, 2000, p. 108.

3. Certains juges s'étaient déjà interrogés sur la compatibilité de la mesure avec l'article 10 C.E.D.H.: Civ. Liège (réf.), 19 oct. 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 98, obs. F. JONGEN, *J.T.*, 1995, p. 30, *Journ. proc.*, 1994, n^o 272, p. 25, note M. HANOTIAU; Civ. Liège (réf.), 30 janv. 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 915 (dans cette décision, le tribunal, tout en reconnaissant le caractère incontournable de l'art. 25 Const., vérifie la conformité de la mesure d'interdiction avec l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où 'il ne s'agirait pas d'exercer une censure proprement dite mais uniquement d'éviter un dommage futur causé fautivement'); Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 241 et s., obs. D. VOORHOOF.

4. Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, pp. 241 et s. et spéc. la note de D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX...', *o.c.*, pp. 252 et s.

5. Sur ce thème, voir not. E. BREWAEYS et D. VOORHOOF, 'Het rechterlijk uitzend verbod van (een deel van) een TV-programma et de pers- en expressie vrijheid', *R.G.D.C.*, 1991, pp. 197 et s.; D. VOORHOOF, 'Beperkingen op de expressievrijheid via de kortgedingrechter: een omstreden rechtsmiddel', note sous Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, *AM*, 1996, pp. 168 et s.; F. JONGEN, 'Chronique de jurisprudence – Droit des médias (1997-1998)', *Journ. proc.*, 1999, n^o 372, pp. 25 et s., n^{os} 84 et s.; D. VOORHOOF, 'Uitzendverbod van TV-debat na procedure op eenzijdig verzoekschrift: de spreekwoordelijke druppel', *AM*, 2000, p. 371.

6. Traduction officieuse de: 'De Grondwet verbiedt elke preventieve maatregel die erop gericht is of tot gevolg heeft dat bepaalde opinies, omwille van hun inhoud, niet kunnen worden verspreid door middel van communicatiemedia'.

donc au juge des référés¹. La majorité de la jurisprudence s'est heureusement montrée plus nuancée.

63. Dans un premier temps, on s'attache à déterminer quelle loi pourrait être invoquée en droit belge pour justifier le recours aux mesures préventives et respecter ainsi le prescrit de l'article 10. Cette question est particulièrement intéressante pour l'audiovisuel eu égard à la non-application de l'article 25, alinéa 1^{er}, à cette matière (sur ce point, voir *infra*, n° 80), mais on constate que les juges s'y réfèrent aussi dans le cadre de la presse écrite. Ensuite, on vérifie l'existence d'un objectif légitime et du caractère nécessaire de la mesure dans une société démocratique.

1. L'ingérence doit être prévue par la loi

64. Diverses bases légales sont invoquées pour satisfaire à l'exigence de légalité posée par l'article 10. On les étudie tour à tour pour en apprécier la pertinence.

65. On pourrait invoquer l'article 584 du Code judiciaire qui autorise le président du tribunal de première instance à statuer au provisoire 'dans les cas dont il reconnaît l'urgence, en toutes matières, sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire'. Même si les conditions d'application de cet article sont remplies, la doctrine considère qu'il ne saurait suffire, à lui seul, pour remplir la condition de légalité². Néanmoins, on pourrait essayer de le combiner avec d'autres dispositions. Diverses possibilités ont ainsi été envisagées par la jurisprudence.

66. L'article 584 du Code judiciaire pourrait être associé à l'article 1382 du Code civil³, mais on peut douter que cette combinaison réponde aux exigences supranationales⁴. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur l'article 1382 du Code civil et a admis que si le journaliste s'entourait 'au besoin de conseils éclairés, [...] l'ingérence [pouvait] être considérée comme étant prévue par la loi'⁵. Mais si cette conclusion peut être entérinée pour ce qui est des sanctions *a posteriori*, on ne peut en aucun cas conclure que les critères de prévisibilité et d'accessibilité seraient rencontrés pour justifier des mesures de

1. Civ. Bruxelles (réf.), 18 oct. 2001, *AM*, 2002, p. 82, note A. VERDOODT. Voir aussi Civ. Dendermonde, 27 nov. 2001, *AM*, 2002, p. 87.

2. Parmi d'autres, A. SCHAUS, 'Inédits de droit de la presse: commentaires de jurisprudence relative à la liberté d'expression', *o.c.*, p. 1155; M. HANOTIAU, 'La censure de la presse écrite par le juge des référés', *o.c.*, p. 208.

3. En ce sens, A. BEGASSE DE DHAEM, 'Le référé préventif et la liberté d'expression', note sous Civ. Liège (réf.), 20 nov. 1991, *Act. dr.*, 1992, pp. 1156-1157; S. VELU ('Le juge des référés et la liberté d'expression', *Présence du Droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques VELU*, Bruxelles, Bruylant, t. III, pp. 1757 et s., n° 22) qui estime que 'l'action du juge des référés se situe davantage dans la perspective du régime répressif que dans celle du régime préventif, dès lors qu'elle ne tend pas, comme la censure [...], à un contrôle de l'exercice même normal de la liberté d'expression mais à la cessation et si possible à la prévention des dommages que l'abus apparent de cette liberté a engendré ou risque de causer'. On peut toutefois s'interroger sur la pertinence du critère de distinction entre la répression préventive et la mesure préalable.

4. M. HANOTIAU, 'La censure de la presse écrite par le juge des référés', *o.c.*, p. 208. Voir aussi Civ. Liège (réf.), 30 janv. 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 915.

5. Cour eur. D.H., arrêt *Thoma c. le Luxembourg* du 29 mars 2001, précité, § 53. La Cour reprend ainsi l'opinion émise par la Commission qui, dans l'affaire *De Haes et Gijssels*, avait considéré que 'les incertitudes liées à la mise en œuvre des articles 1382 et 1383 du Code civil, tels qu'interprétés par la doctrine et la jurisprudence belges, ne dépassent pas celles auxquelles les requérants pouvaient s'attendre, au besoin en s'entourant de conseils éclairés. L'ingérence que constituent les articles 1382 et 1383 du Code civil offrait donc la prévisibilité voulue par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention' (Comm. eur. D. H., 29 nov. 1995, *AM*, 1996, p. 343, obs. D. VOORHOOF. Voy aussi F. TULKENS et F. STROWEL, 'Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias', *o.c.*, pp. 76-77).

caractère préventif¹. En effet, les incertitudes de la jurisprudence quant au recours à l'article 1382 comme fondement des mesures préventives semblent suffisantes pour refuser à cette disposition le caractère de prévisibilité². Cette conclusion peut néanmoins être énervée par l'arrêt *Cantoni* de la Cour européenne des droits de l'homme³. Celui-ci admet, en effet, que 'la prévisibilité d'une loi, entendue au sens formel ou matériel, puisse être déterminée à l'aide de son interprétation par les tribunaux, pour autant que celle-ci se révèle suffisamment claire dans la grande majorité des cas. Au vu de la jurisprudence [...], il n'apparaît pas qu'il soit statistiquement non prévisible pour un citoyen ou un média, au besoin en s'entourant de conseils éclairés, de déterminer avec un degré raisonnable les conséquences de nature à dériver de l'acte qu'il entend poser'⁴.

L'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2000 ne remet pas en cause cette analyse, dès lors que la mesure préventive ne constitue pas une mesure de censure au sens de l'arrêt. La Cour précise en effet qu'«en présence d'une apparence de faute, [le juge des référés] peut en vertu de l'article 1382 du Code civil enjoindre à l'auteur du dommage de faire cesser l'état de choses qui lui cause préjudice». Si la mesure intervient après la diffusion, il ne s'agit pas de censure mais plutôt d'une mesure à caractère répressif et c'est avec raison que la Cour s'est prononcée en faveur du caractère de légalité – au sens de l'article 10 – de l'article 1382 du Code civil⁵. Encore faudra-t-il décider si la mesure est nécessaire dans une société démocratique⁶. En référé, certaines juges, se basant sur l'arrêt de la Cour de cassation et avant toute diffusion, ont toutefois décidé que la combinaison des articles constituait une loi au sens de l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme⁷.

67. La protection de la vie privée – garantie par les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 22 de la Constitution – fut aussi invoquée pour fonder les mesures préventives. Mais certains auteurs estiment que 'la protection de la vie privée telle qu'elle est consacrée par les dispositions mentionnées ne constitue toutefois qu'un but légitime susceptible d'être poursuivi par une ingérence dans la liberté d'expression. Par contre, ces dispositions ne peuvent être considérées comme étant 'la loi' au sens de l'article 10 de la Convention'⁸. On ne pourrait admettre de mesures préventives destinées à protéger la vie privée menacée par l'exercice de la liberté d'expression que dans la mesure où cette intervention préalable aurait été prévue par le législateur, *quod non* en l'espèce⁹.

1. M. HANOTIAU, 'La censure de la presse écrite par le juge des référés', *o.c.*, p. 209; A. SCHAUS, 'Inédits de droit de la presse: commentaires de jurisprudence relative à la liberté d'expression', *o.c.*, p. 1160. En jurisprudence, voir Civ. Liège (réf.), 19 oct. 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 98, obs. F. JONGEN, *J.T.*, 1995, p. 30, *Journ. proc.*, 1994, n° 272, p. 25, note M. HANOTIAU; Civ. Bruxelles (réf.), 6 avril 1995, *Journ. proc.*, 1995, n° 284, p. 23, note M. HANOTIAU; Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, *AM*, 1996, p. 166, note D. VOORHOOF; Civ. Liège (réf.), 12 janv. 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 915, note F. JONGEN, *AM*, 1999, p. 287, note S.-P. DE COSTER.

2. D. VOORHOOF, 'Beperkingen op de expressievrijheid via de kortgedingrechter: een omstreden rechts-middel', note sous Civ. Anvers (réf.), 16 mai 1995, *AM*, 1996, p. 171; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, 'Le contrôle judiciaire de la presse', *AM*, 2002, p. 489. *Contra*: Civ. Bruxelles (réf.), 24 oct. 2001, *AM*, 2002, p. 177, *Journ. proc.*, 2001, n° 423, p. 20, obs. F. TULKENS, *J.T.*, 2001, p. 782, qui estime que 'les critères légaux du droit au respect de la vie privée et de la faute sont suffisamment prévisibles tant pour une intervention préventive que pour une intervention réparatrice'.

3. Cour eur D. H., arrêt *Cantoni* du 15 nov. 1996, *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 685, note D. SPIELMAN.

4. F. TULKENS et F. STROWEL, 'Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias', *o.c.*, p. 78.

5. En ce sens, O. DE THEUX, *o.c.*, 2002, n° 428, p. 20.

6. Suivant pareil raisonnement, voir Civ. Anvers, 21 déc. 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 557.

7. Civ. Bruxelles (réf.), 15 nov. 2001, *AM*, 2002, p. 189.

8. A. SCHAUS, 'Inédits de droit de la presse: commentaires de jurisprudence relative à la liberté d'expression', *o.c.*, p. 1162; M. HANOTIAU, 'La censure de la presse écrite par le juge des référés', *o.c.*, p. 210. Voir aussi Civ. Liège (réf.), 30 janv. 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 915.

9. A. SCHAUS, 'Inédits de droit de la presse: commentaires de jurisprudence relative à la liberté d'expression', *o.c.*, p. 1163; M. HANOTIAU, 'La censure de la presse écrite par le juge des référés', *o.c.*, p. 210.

Ces auteurs n'admettent donc que des mesures *a posteriori*¹. Cette position est cependant contestée. D'autres auteurs², jurisprudence à l'appui³, estiment que la combinaison de ces articles est suffisante pour fonder des mesures préventives.

68. On pourrait aussi recourir au droit à l'image consacré par l'article 10 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins⁴. Dans un arrêt du 21 décembre 1995, la Cour d'appel de Bruxelles⁵ a ainsi ordonné la suspension provisoire de la diffusion d'un film au motif que la personne représentée dans le film n'avait pas donné son assentiment, comme le stipule l'article 10 de la loi sur le droit d'auteur. Cette disposition paraît conforme à la condition de légalité de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Néanmoins, 'des doutes subsistent quant à l'applicabilité de la disposition aux œuvres audiovisuelles mais aussi quant à l'intervention du juge des référés préalable à toute diffusion', d'autant qu'en cette matière, 'l'interprétation doit rester particulièrement rigoureuse et restrictive'⁶. En effet, cette disposition fait partie de la section 3 du chapitre I^{er} de la loi, intitulé 'Dispositions particulières aux œuvres plastiques' et ne s'applique dès lors qu'à la peinture et à la photographie⁷.

69. Il faut aussi noter l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 8 février 1999⁸ qui étudie la conformité de l'interdiction d'un livre, révélant des données provenant du dossier pénal, avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et fonde la légalité de la mesure d'interdiction sur l'article 57, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle qui dispose que 'sans préjudice des exceptions prévues par la loi, l'instruction est secrète' (sur ce point, voir aussi *infra*, n° 141).

70. En matière d'audiovisuel, la jurisprudence trouve dans l'arsenal législatif national la norme susceptible de remplir la condition de légalité de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. En matière de presse écrite par contre, aucune mesure préventive – aucune censure – ne saurait être admise en raison de l'article 25, alinéa 1^{er}, de la Constitution. Mais encore faut-il s'entendre sur la notion de mesure préventive. En raisonnant à partir de l'arrêt la Cour de cassation du 29 juin 2000, celle-ci ne viserait que les mesures intervenant avant la diffusion du contenu de l'article litigieux⁹. Dès lors, s'il s'agit d'une mesure postulée après la diffusion, l'article 25 de la Constitution ne s'applique pas et la combinaison des articles 144 de la Constitution, 584 et 1039 du Code judiciaire

1. En ce sens, D. DE PRINS, *o.c.*, p. 1448. Voir aussi Civ. Liège (réf.), 12 janv. 1999, *AM*, 1999, p. 287, note S.-P. DE COSTER.

2. O. DE THEUX, *o.c.*, 2002, n° 428, p. 21.

3. Bruxelles (réf.), 21 déc. 1995, *J.T.*, 1996, p. 47; Civ. Bruxelles (réf.), 6 avril 1995, *Journ. proc.*, 1995, n° 284, p. 23, note M. HANOTIAU; Civ. Bruxelles (réf.), 6 nov. 1996, *Journ. proc.*, 1996, n° 316, p. 26, obs. F. JONGEN; Bruxelles, 12 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 764, obs. F. JONGEN; Bruxelles (réf.), 27 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 768, note F. JONGEN; Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *AM*, 1998, p. 264; Civ. Bruxelles (réf.), 12 nov. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 775, obs. F. JONGEN; Bruxelles (réf.), 22 mars 2002, *Journ. proc.*, 2002, n° 436, p. 26, note F. TULKENS, conf. Civ. Bruxelles (réf.), 24 oct. 2001, *AM*, 2002, p. 177, *Journ. proc.*, 2001, n° 423, p. 20, obs. F. TULKENS, *J.T.*, 2001, p. 782 et Bruxelles (réf.), 21 déc. 2001, *AM*, 2002, p. 180.

4. *M.B.*, 27 juill. 1994.

5. Bruxelles (réf.), 21 déc. 1995, *J.T.*, 1996, p. 47.

6. A. SCHAUS, 'Inédits de droit de la presse: commentaires de jurisprudence relative à la liberté d'expression', *o.c.*, p. 1166-1167.

7. En ce sens, Bruxelles (réf.), 6 nov. 1996, *Journ. proc.*, 1996, n° 316, p. 26.

8. Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 241, note D. VOORHOOF.

9. Voir aussi Civ. Bruxelles, 20 sept. 2001, *AM*, 2002, p. 77, dans lequel les juges rappelèrent la distinction de J. VELAERS (*De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, 1^{re} partie, Anvers, Maklu, 1991, n° 208) entre mesures d'interdiction préventives et répressives. Ils estimèrent en effet qu'il n'y a mesure d'interdiction préventive que lorsque la mesure vise en principe l'abus d'une liberté mais aussi potentiellement l'usage légitime de cette liberté, lorsqu'elle intervient *a priori*, avant qu'il ne soit fait pleinement usage de cette liberté, ou lorsque la mesure ne requiert pas qu'un juge compétent statue préalablement sur la responsabilité au regard de la loi. Revêt un caractère répressif la mesure qui ne vise qu'un abus d'une liberté et qui n'a effet qu'après que cet abus ait été commis et constaté par le juge compétent'.

ainsi que 1382 du Code civil permet de fonder l'intervention du juge en ce qu'elle remplit la condition de légalité de l'article 10 de la Convention européenne. Cette conclusion ne fait plus de doute en matière de presse écrite depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2000.

2. L'ingérence doit poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique

71. L'exigence de la légalité remplie, il faut déterminer si la mesure respecte les autres conditions posées par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si un but légitime devait être aisément rencontré, l'établissement de la nécessité de la mesure dans une société démocratique pourrait s'avérer plus problématique (sur le raisonnement suivi par la Cour dans ce cadre, voir *supra*, n^{os} 20 et s.).

72. La juridiction saisie doit mettre en balance les intérêts en présence¹. Dans une affaire concernant l'interdiction de diffusion provisoire d'une émission de la R.T.B.F. (*Au nom de la loi*) qui portait atteinte au droit à l'honneur et à la réputation d'un chirurgien, la juridiction saisie² a donné raison à ce dernier, estimant que l'interdiction était nécessaire dans une société démocratique dans la mesure où 'on ne sacrifie pas impunément les droits d'un individu pour un motif d'intérêt public alors que le dossier n'est pas assez étayé. Cet équilibre entre les droits antagonistes – le droit à la réputation d'une part et le droit à l'information d'autre part – doit d'autant plus être respecté que le médium utilisé n'est pas neutre³ : comme le relève à plusieurs reprises la Cour, une émission de télévision de la R.T.B.F. a d'autant plus d'impact que l'émission est diffusée à une heure de grande audience, qu'elle bénéficie d'un haut taux d'écoute et que l'organisme de diffusion est considéré comme sérieux⁴. Par contre, si les demandeurs ne démontrent pas à suffisance le préjudice que la diffusion du film pourrait leur causer⁵, on peut douter de la nécessité de la mesure d'interdiction. Dans un litige relatif à une interdiction de diffusion d'une émission *Striptease* de la R.T.B.F. qui mettait en péril le droit à la protection de la vie privée de l'un des protagonistes, le Tribunal de première instance de Bruxelles a estimé que 'la liberté d'expression est tout aussi essentielle que le respect de la vie privée' et a ainsi reconnu le caractère nécessaire de l'ingérence⁶.

73. Dans un arrêt du 8 février 1999, la Cour d'appel d'Anvers⁷ s'est penchée sur les conditions de l'article 10 de la Convention pour déterminer si les mesures d'interdiction de publication d'un livre répondaient aux exigences posées. Si le respect dû aux droits d'autrui ou au droit à un procès équitable – les buts légitimes *in casu* – n'est que *potentiellement* affecté par l'interdiction de diffusion ou de publication, on peut déjà douter de la conformité de la mesure avec l'article 10 de la Convention⁸. En outre, dès lors qu'il est question de mesure préventive, la Cour

1. Certains auteurs critiquent ce mode de raisonnement, estimant que 'rien ne permet plus de distinguer la mise en balance ponctuelle des intérêts d'un pur et simple jugement de valeur, par lequel le magistrat exprime assurément ses préférences personnelles, idéologiques ou ses préjugés, mais qui ne peut prétendre à aucune validité scientifique ni juridique' (J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, 'Le contrôle judiciaire de la presse', *AM*, 2002, p. 497).

2. Bruxelles (réf.), 22 mars 2002, *Journ. proc.*, 2002, n° 436, p. 26, note F. TULKENS, conf. Civ. Bruxelles (réf.), 24 oct. 2001, *AM*, 2002, p. 177, *Journ. proc.*, 2001, n° 423, p. 20, obs. F. TULKENS, *J.T.*, 2001, p. 782 et Bruxelles (réf.), 21 déc. 2001, *AM*, 2002, p. 180.

3. Sur ce point, voir aussi Civ. Bruxelles (réf.), 13 déc. 2001, *AM*, 2002, p. 189.

4. F. TULKENS, obs. sous Bruxelles (réf.), 22 mars 2002, *Journ. proc.*, 2002, n° 436, p. 31.

5. Voir Civ. Bruxelles (réf.), 13 déc. 2001, *AM*, 2002, p. 189.

6. Ce faisant, il déclara la demande recevable et examina son fondement en se demandant si le droit à la vie privée avait été violé (Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *AM*, 1998, p. 264).

7. Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 241, note D. VOORHOOF.

8. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times n° 1* du 26 avril 1979, précité, §§ 58-68. Voir aussi D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX : censure illicite ou nécessaire?', *o.c.*, p. 255.

de Strasbourg a établi des exigences particulièrement strictes (voir *supra*, n° 46). Compte tenu de cet élément, mais aussi du caractère d'intérêt public de l'information et de son impact sur l'opinion, on peut se demander si la mesure d'interdiction est pertinente et proportionnelle¹. Sur cette base, la Cour a considéré qu'à partir du moment où l'information n'était plus secrète ou qu'elle avait déjà fait l'objet d'une publication, la mesure d'interdiction n'était plus nécessaire². De même, le caractère utile de l'interdiction de publication fut mis en doute dès lors que l'ouvrage avait déjà fait l'objet de publication³. On pourrait aussi douter de la nécessité de la mesure dès lors que le caractère fautif de l'écrit litigieux n'est pas évident⁴.

En définitive, le moment de la publication ou de la diffusion dans le public est crucial. Si l'écrit incriminé a déjà fait l'objet d'une publication, on peut en déduire que, ne s'agissant pas d'une mesure de censure au sens de l'article 25, il convient d'en déterminer la conformité avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si l'exigence de légalité paraît remplie, la nécessité de la mesure dans une société démocratique pourrait faire défaut dans certaines circonstances concrètes, principalement en raison de l'absence d'effet utile à l'interdiction de publication, l'écrit litigieux ayant déjà fait l'objet de diffusion⁵. On peut regretter à cet égard que la Cour de cassation ne se soit pas prononcée sur ce point dans son arrêt du 29 juin 2000 en paraissant admettre que les autres conditions de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme étaient remplies.

§ 3. *Juridiction compétente en matière de délits de presse : l'article 150 de la Constitution*

74. En vertu de l'article 150 de la Constitution, 'le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits inspirés par le racisme et la xénophobie'. On constate que dans la pratique, les délits commis par voie de presse ne sont qu'exceptionnellement renvoyés en cour d'assises⁶. Dans un premier temps, on explique brièvement la raison de cette impunité pour ensuite dégager les solutions qui pourraient être envisagées.

75. De longue date, les délits commis par voie de presse ne sont plus renvoyés en cour d'assises⁷, essentiellement en raison de la lourdeur de la procédure, de son coût et de la publicité dont elle fait l'objet. Les auteurs ne doivent dès lors répondre que de leur responsabilité délictuelle dans la mesure où les débats se sont déplacés vers les tribunaux civils. La presse jouit dans ce cas d'une véritable impunité pénale de fait.

76. A ce stade, on peut se demander s'il ne faudrait pas purement et simplement supprimer toute forme de responsabilité pénale en la matière. Des auteurs

1. D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX : censure illicite ou nécessaire?', *o.c.*, pp. 255-256.

2. D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX : censure illicite ou mesure nécessaire', *o.c.*, p. 256. Voir Cour eur. D.H., arrêt *Observer et Guardian c. le Royaume-Uni* du 24 oct. 1991, précité, §§ 66-70; Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. le Royaume-Uni* n° 2 du 26 nov. 1991, précité, §§ 52-56.

3. Civ. Anvers, 21 déc. 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 557.

4. En ce sens, Civ. Bruxelles (réf.), 26 mai 1999, *AM*, 2000, p. 108.

5. Civ. Anvers, 21 déc. 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 557.

6. En réalité, c'est à la chambre des mises en accusation – que seul le procureur général peut saisir (art. 133 C.I. Cr.) – qu'il incombe de saisir la cour d'assises (art. 231 C.I. Cr.) (V. OST, 'Le raciste, le diffamateur et le nouvel art. 150 de la Constitution', *AM*, 2000, p. 30).

7. Voir F. JONGEN, 'Un délit de presse devant la cour d'assises', obs. sous Mons (mis. acc.), 14 janv. 1994, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 516 et s.

semblent y être favorables¹, et on pourrait dès lors choisir entre une dépénalisation des seuls délits de presse ou de l'ensemble des manifestations de la liberté d'expression, quelle que soit leur forme² et donc sans différencier les médias écrits, audiovisuels ou électroniques. La première branche de l'alternative ne séduit pas : comment justifier en effet qu'une infraction de droit commun cesse d'être punissable sous prétexte qu'elle est commise par voie de presse?³ Quant à la seconde, si elle a le mérite de donner au système une plus grande cohérence, elle pourrait provoquer une levée de boucliers et nécessiterait un travail législatif en profondeur pour abroger toutes les dispositions pénales qui supposent l'expression d'une opinion⁴. Par ailleurs, les victimes de diffamation, de racisme ou d'injure n'auront d'autre choix que de se tourner vers les juridictions civiles pour espérer obtenir réparation. Ce phénomène, qui 's'apparenterait à une forme de privatisation du règlement des conflits'⁵, générerait des inégalités sociales et serait également préjudiciable aux médias eux-mêmes.

77. Une autre solution consisterait à établir, au sein des délits de presse, des distinctions *ratione materiae* ou *ratione personae*⁶.

Le constituant a suivi cette première voie en modifiant en 1999⁷ l'article 150 de la Constitution et en correctionnalisant les délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie⁸. Si l'initiative était louable, de nombreuses critiques furent néanmoins émises par la doctrine⁹ : violation du principe d'égalité pour les auteurs d'écrits racistes, les victimes de ces écrits, voire les auteurs de délits de presse ordinaires dans la mesure où ils ne bénéficieraient pas du double degré de juridiction ; problèmes de connexité dans l'hypothèse où un écrit contiendrait à la fois des éléments racistes et des éléments non racistes ; difficulté de cerner la notion de 'délit inspiré par le racisme et la xénophobie'.

Ratione personae, la distinction conduirait à différencier selon que l'auteur possède le titre de journaliste ou selon la qualité de la personne victime de l'infraction – personne publique ou particulier. On pourrait ainsi imaginer

1. La réflexion de M. HANOTIAU mérite d'être reproduite : 'Quelle est [se demande-t-il], au demeurant, l'utilité sociale d'une condamnation pénale ? L'honneur des personnes en est-il mieux réparé ? Ne faut-il pas craindre que la menace de la sanction n'effraie que les journalistes consciencieux, et qu'elle exerce plutôt une sorte de fascination sur les autres (ou soit pour eux une occasion de publicité) ? Est-on sûr enfin qu'elle réponde aux exigences que formule la Cour européenne des droits de l'homme ? Une sanction pénale ne risque-t-elle pas de lui apparaître, souvent, hors de proportion avec le but légitime poursuivi par la loi ?' ('La responsabilité en cascade en matière civile', *R.C.J.B.*, 1998, p. 386). Voir aussi D. VOORHOOF, 'De relatie Media en Justitie vanuit het perspectief van de persvrijheid en de vrijheid van expressie in informatie', *Justice et Médias, Trois avis préliminaires à la demande du Ministre de la Justice*, Bruxelles, p. C42.
2. F. JONGEN, 'Quand un juge mord un journaliste (contribution à une réhabilitation de la responsabilité pénale des médias)', *o.c.*, pp. 64 et s., n^{os} 14 et s.
3. H.-D. BOSLY, 'Les relations entre la justice et la presse. Aspects de droit pénal et de droit de la procédure pénale', *Justice et Médias. Trois avis préliminaires à la demande du Ministre de la Justice*, Bruxelles, 1995, p. A28.
4. F. JONGEN, 'Quand un juge mord un journaliste (contribution à une réhabilitation de la responsabilité pénale des médias)', *o.c.*, p. 65, n^{os} 16 et 17.
5. *Ibidem*, p. 68, n^o 20.
6. *Ibidem*, p. 71, n^{os} 24 et s.
7. Modification de la Constitution du 7 mai 1999, *M.B.*, 29 mai 1999.
8. Pour une application en matière d'internet, voir T. VERBIEST, 'La presse électronique', *o.c.*, pp. 78-79 ; A. STROWEL, 'La lutte contre les activités liberticides sur internet', H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL et F. TULKENS (sous la dir. de), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 411-448.
9. V. OST, 'Le raciste, le diffamateur et le nouvel article 150 de la Constitution', *o.c.*, pp. 27 et s. ; F. JONGEN, 'Quand un juge mord un journaliste (contribution à une réhabilitation de la responsabilité pénale des médias)', *o.c.*, pp. 71 et s., n^{os} 25 et s. ; F. TULKENS, 'Pour un droit constitutionnel des médias', *o.c.*, pp. 15-19 ; A. SCHAUS, 'Les délits de presse à caractère raciste', in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL et F. TULKENS (sous la dir. de), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 331-356. Pour une position plus nuancée, voir D. VOORHOOF, 'Aanzet tot racisme via Internet – Drukpersmisdrijf of geen drukpersmisdrijf : de correctionele rechtbank is bevoegd', note sous Bruxelles, 27 juin 2000, *AM*, 2001, p. 144 ; D. BATSELÉ, 'Racisme et liberté d'expression. Examen de législation et de jurisprudence belges', *Rev. trim. D.H.*, 2001, pp. 329-330, n^o 12.

d'organiser un régime différencié dans l'hypothèse où l'auteur serait un journaliste professionnel. La loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance du titre de journaliste ne paraît toutefois pas suffisante pour justifier l'établissement d'un tel régime, qui violerait dès lors les principes d'égalité et de non-discrimination. On pourrait aussi correctionnaliser les délits de presse commis à l'encontre des particuliers, mais continuer à renvoyer en cour d'assises ceux commis envers des personnes publiques¹. Mais ici encore, de nombreuses difficultés ne manqueraient pas de surgir².

78. En réalité, si l'on admet que le régime de responsabilité pénale est approprié en la matière, encore faut-il déterminer la juridiction la mieux placée pour connaître du différend. On ne reviendra pas ici sur le débat entre les opposants et les défenseurs de la cour d'assises. On relèvera seulement que la doctrine, au risque de choquer le monde journalistique, semble largement favorable à une correctionnalisation de tous les délits de presse³.

§ 4. *Élargissement des principes à l'audiovisuel et à l'internet*

79. L'étude des textes belges en matière de liberté d'expression et de liberté de la presse nous a conduit à commenter les articles 19, 25 et 150 de la Constitution. Chacune de ces dispositions mentionne le terme *presse*. On peut dès lors se demander ce qu'il faut entendre par là : s'agit-il uniquement de la presse écrite ou peut-on étendre les principes à l'audiovisuel et aux nouvelles technologies de l'information et de la communication ?

80. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la prohibition de la censure, proclamée par l'article 25, alinéa 1^{er}, de la Constitution, ne vaut qu'en matière de presse écrite : 'ni la radiodiffusion ni les émissions de télévision ou de télédistribution ne sont des modes d'expression par des écrits imprimés ; [...] l'article [25] de la Constitution leur est donc étranger'⁴. Dans l'ensemble, la doctrine se montre d'ailleurs assez favorable à cette interprétation⁵. Se prononçant sur la compétence de la cour d'assises pour des propos tenus par un journaliste lors d'une émission télévisée, le Tribunal de première instance de Liège a récemment rappelé que 'les émissions de télévision ne sont pas des modes d'expression par des écrits imprimés'⁶. Pour rappel, la reconnaissance du délit de presse suppose 'une infraction (1) ; l'abus dans la manifestation des opinions (2) ; le support de

1. D. VOORHOOF, 'De relatie Media en Justitie vanuit het perspectief van de persvrijheid en de vrijheid van expressie en informatie', *Justice et Médias. Trois avis préliminaires à la demande du Ministre de la Justice*, Bruxelles, p. C44-45.

2. Voir J. VELAERS, 'Vrijheid en verantwoordelijkheid: twee grondwettelijke waarden', *Justice et Médias. Trois avis préliminaires à la demande du Ministre de la Justice*, Bruxelles, p. 90.

3. Voir notamment J. CEULEERS, 'Voor een modernisering van het persrecht', *o.c.*, p. 168 ; B. DEJEMEPPE, 'La responsabilité pénale', *o.c.*, pp. 142 et s. ; M. VERDUSSEN, 'La survivance anachronique du jury', *Rev. b. dr. const.*, 1999, pp. 80-81 ; F. JONGEN, 'Quand un juge mord un journaliste (contribution à une réhabilitation de la responsabilité pénale des médias)', *o.c.*, pp. 86 et s., n^{os} 45 et s. ; V. OST, 'Le raciste, le diffamateur et le nouvel article 150 de la Constitution', pp. 34-35 ; F. TULKENS, 'Pour un droit constitutionnel des médias', *o.c.*, pp. 15-19.

4. Cass., 9 déc. 1981, *Pas.*, I, p. 782, *J.T.*, 1983, p. 133, obs. L. GOFFIN et M. MAHIEU. Voir aussi Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *AM*, 1998, p. 264 ; Civ. Bruxelles (réf.), 6 nov. 1996, *Journ. proc.*, 1996, n^o 316, p. 26 ; Civ. Bruxelles, 15 nov. 2001, *AM*, 2002, p. 187 ; Civ. Bruxelles (réf.), 13 déc. 2001, *AM*, 2002, p. 189 ; Bruxelles, 28 juin 1985, inédit, RG n^o 1035/85, *FEBIAC c. RTBF*.

5. M. HANOTIAU, 'La censure de la presse écrite par le juge des référés', note sous Civ. Bruxelles (réf.), 5 févr. 1997, *AM*, 1997, p. 206 ; F. TULKENS, 'Pour un droit constitutionnel des médias', *Rev. b. dr. const.*, 1999, p. 15 ; O. DE THEUX, 'A propos du fondement juridique des mesures de censure en matière de presse audiovisuelle', *Journ. proc.*, 2001, n^o 427, p. 15 ; J.-T. DEBRY, 'Le droit constitutionnel à l'épreuve de la société de l'information', *Act. dr.*, 2002, pp. 13-14, n^o 7. Voir aussi E. MONTERO, 'La responsabilité civile des médias', A. STROWEL et F. TULKENS (sous la dir. de), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 100 et s., spéc. p. 101 et les références citées à la note 22.

6. Civ. Liège, 24 avril 2002, *Journ. proc.*, 2002, n^o 437, p. 29, note Ph. TOUSSAINT. Voir aussi Bruxelles, 14 janv. 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 995, note F. JONGEN.

l'opinion: *un écrit imprimé* (3); la publicité donnée à l'opinion véhiculée par l'écrit imprimé (4)¹. L'utilisation du terme '*drukpers*' dans la version néerlandaise de la Constitution de 1967 conforte cette position. On peut néanmoins se demander si l'intention du constituant n'était pas de 'protéger l'expression des opinions et la liberté de presse et non l'instrument et le support par lesquels ces libertés pouvaient se réaliser'². Certains juges ont ainsi accepté d'appliquer les articles 25 et 150 de la Constitution à l'audiovisuel et à la radio³.

81. Qu'en est-il de l'application de ces textes à l'internet? Certains auteurs estiment que 'la manifestation d'une pensée dans un écrit constituant une infraction de droit commun commise sur le Web ou un forum de discussion peut constituer un délit de presse au regard de la jurisprudence actuelle, lequel sera dès lors passible de poursuites civiles ou pénales'⁴. Pour ce qui est de l'interprétation de la notion de publication⁵, le courrier électronique ou les *mailing lists* ne pourraient entraîner la commission d'un délit de presse au contraire des forums de discussion ou des sites web qui satisfont quant à eux au critère de publicité. En ce sens, le Tribunal de première instance de Bruxelles, statuant en référé, a considéré que 'la diffusion sur Internet de messages tant dans un forum de discussion ouvert à toute personne qui en fait la demande, que sur un site particulier, accessible par la composition d'une adresse sans autre condition, doit être considéré comme une communication au public'⁶.

Concernant l'application de l'article 150 de la Constitution et la compétence de la cour d'assises, on peut mentionner une décision du Tribunal correctionnel de Bruxelles dans laquelle celui-ci estima que 'si le concept de délit de presse devait être limité par l'approche de son sens littéral (presse écrite par opposition aux nouveaux moyens, toujours plus sophistiqués, d'expression de la pensée), une telle interprétation constituerait une 'méconnaissance' de l'esprit du constituant qui a voulu protéger la libre diffusion des idées et non pas l'instrument de celle-ci, la presse en tant que telle dont, de surcroît, l'évolution future sous des formes nouvelles telles que la télévision lui était bien évidemment inconnue'. Le juge en conclut donc que 'les messages diffusés par Internet peuvent constituer des délits de presse'⁷. En l'occurrence, la reconnaissance de cette qualification n'avait que peu de conséquences dans la mesure où, s'agissant de propos racistes⁸, soit on considèrerait qu'ils constituaient un délit de presse inspiré par le racisme et la xénophobie et le tribunal correctionnel était compétent, soit on estimait que les conditions du délit de presse n'étaient pas remplies et l'article 150 de la Constitution ne s'appliquant pas, le tribunal correctionnel était également

1. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, p. 599, n° 986; P. ROBERT, 'La responsabilité civile du journaliste', *AM*, 2000, p. 19; D. DE PRINS, *o.c.*, p. 1449.

2. M. ISGOUR, 'Le délit de presse sur Internet a-t-il un caractère continu?', note sous Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2000, *AM*, 2001, p. 152.

3. Bruxelles, 19 févr. 1985, *R.W.*, 1985-1986, p. 806, note J. CEULEERS; Bruxelles, 7 juin 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, pp. 131 et s.; Bruxelles, 25 mai 1993, *J.T.*, 1994, p. 104, obs. F. JONGEN. Voy. aussi Corr. Bruxelles, 24 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1242 mais réformé par Bruxelles, 14 janv. 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 995, note F. JONGEN.

4. M. ISGOUR, 'Le délit de presse sur Internet a-t-il un caractère continu?', *o.c.*, p. 153. En ce sens, voir aussi B. DEJEMEPPE, 'La responsabilité pénale', *o.c.*, p. 140; P. VALCKE et C. UYTENDAELE, 'Racisme et négationnisme sur l'Internet: les affaires Infonie et Yahoo! bis', note sous Civ. Bruxelles, 15 janv. 2002 et T.G.I. Paris, 26 févr. 2002, *Ubiquité*, 2002, p. 90, n° 5. *Contra*, T. DE PESSEMIER, *Vrijheid van expressie en informatie op het Internet*, Gand, Academia, 1997, pp. 94-95.

5. Sur ce point voir M. ISGOUR, 'Le délit de presse sur Internet a-t-il un caractère continu?', *o.c.*, p. 153 et B. ADER, 'Evolution de la notion de publication: de la presse écrite à Internet', *Légipresse*, 1999, n° 165, pp. 123 et s.

6. Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2000, *AM*, 2001, p. 147, note M. ISGOUR.

7. Corr. Bruxelles, 22 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 135, obs. D. VOORHOOF.

8. Sur ce thème, voir J.-T. DEBRY, *o.c.*, p. 14, n° 7; T. VERBIEST, 'La presse électronique', *o.c.*, pp. 72 et s.; D. VOORHOOF, 'Racisme op Internet: de correctionele rechtbank is voortaan bevoegd', note sous Corr. Bruxelles, 22 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 137; D. VOORHOOF, 'Aanzet tot racisme via Internet – Drukpersmisdrijf of geen drukpersmisdrijf: de correctionele rechtbank is bevoegd', *o.c.*, pp. 144 et s.

compétent¹. Rappelant cette conclusion², la Cour d'appel s'attacha plutôt à démontrer que l'on était bien en présence de l'une des circonstances de l'article 444 du Code pénal³: 'il ne peut être sérieusement contesté que les messages *e-mails* attribués au prévenu sont des écrits (imprimés ou non), si pas exposés au regard du public, à tout le moins adressés ou communiqués à plusieurs personnes, en l'espèce à toute personne consultant le forum de discussion sur le réseau Internet; qu'il s'ensuit que l'infraction, à la supposer établie, a bien été commise dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal'⁴.

La jurisprudence a également eu à se prononcer sur l'application de l'article 25, alinéa 1^{er}, en matière d'internet. Le juge rappela le principe de l'interdiction de la censure et considéra qu'il devait se limiter, 'au risque de violer la liberté d'expression du défendeur, à ordonner le retrait des messages visés et bien définis, mais ne [pouvait] interdire de façon générale l'utilisation de certains mots ou de certaines expressions'⁵. En outre, cette mesure doit être limitée dans le temps, le juge du fond étant seul autorisé à se prononcer sur le caractère diffamatoire ou calomnieux des propos. Le juge aurait pu se fonder sur le récent arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2000 pour estimer qu'en l'espèce, les propos ayant déjà reçu une large diffusion de par leur publication sur le site internet, il ne s'agissait pas de censure au sens de l'article 25 de la Constitution. Les mesures de retrait n'auraient dû dès lors se conformer qu'au prescrit de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par ailleurs, la non-application de la protection constitutionnelle des articles 19, 25 et 150 de la Constitution à la diffusion d'informations ou de faits, mais seulement à la 'publication et à la diffusion d'*avis et d'opinions*, pour autant qu'ils soient rendus publics via la presse écrite'⁶, peut sembler archaïque ou à tout le moins inadaptée aux nouvelles technologies de l'information et de la communication⁷. On peut aussi s'interroger sur la conformité d'une telle conception avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme – en vertu duquel la liberté d'expression comprend le droit de recevoir et de communiquer des informations – et avec la jurisprudence développée par la Cour de Strasbourg qui n'opère pas de distinction selon le canal de diffusion de l'information utilisée⁸.

Il semble admis qu'on puisse qualifier de délits de presse des infractions de droit commun commises par voie de presse sur internet, ce qui rend les articles 25,

1. Certains se demandent dès lors 'l'intérêt pratique pour le tribunal d'examiner la diffusion de messages racistes sous l'angle d'un délit de presse' (D. BATSELÉ, 'Racisme et liberté d'expression. Examen de législation et de jurisprudence belges', *o.c.*, p. 336, n° 22). Il n'y a certes pas d'intérêt pratique à le faire, la conclusion à laquelle on aboutit étant la même. Néanmoins, par souci de cohérence, il semble nécessaire de conserver la qualification de délit de presse dans la mesure où les délits non racistes sont toujours de la compétence de la cour d'assises.

2. En appel, la cour releva ainsi que 'la question de savoir si l'infraction reprochée au prévenu constitue ou non un délit de presse est dénuée d'intérêt, le tribunal correctionnel étant en toutes hypothèses compétent pour connaître de celle-ci' (Bruxelles, 27 juin 2000, *AM*, 2001, p. 142, note D. VOORHOOF).

3. Le prévenu était en effet accusé d'avoir commis une infraction à l'article 1^{er} de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie. Cet article renvoie à l'article 444 du Code pénal qui exige que les imputations litigieuses aient lieu dans certaines circonstances bien définies, notamment 'par des écrits imprimés ou non, des images ou des emblèmes affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés au regard du public' ou par 'des écrits non rendus publics, mais adressés ou communiqués à plusieurs personnes'.

4. Bruxelles, 27 juin 2000, *AM*, 2001, p. 142, note D. VOORHOOF.

5. Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2000, *AM*, 2001, p. 147, note M. ISGOUR.

6. D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX: censure illicite ou nécessaire?', note sous Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 253. Voir p. ex. Corr. Louvain, 7 sept. 1999, *AM*, 2000, p. 150 dans lequel il fut décidé que 'la publication d'une annonce comportant une offre de prostitution ne contient pas l'expression d'une *opinion* mais elle concerne une offre ou une publicité pour un service, en manière telle que les faits en question échappent à la qualification de délit de presse'.

7. En ce sens, D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX...', *o.c.*, p. 253 et J. CEULEERS, 'Voor een modernisering van het persrecht', *T.B.P.*, 1998, pp. 165-169 qui considère que 'Het Belgisch 'persrecht' (het woord alleen al), dat wortelt in de liberale revolutionaire tijdsgeest van de 18^{de} en de 19^{de} eeuw, is in de loop van de decennia een weliswaar merkwaardig, maar aan de vooravond van de 21^{ste} eeuw verouderd fenomeen geworden, een museumstuk haast, onaangepast aan de hedendaagse communicatietechnieken en -opvattingen'.

8. D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX...', *o.c.*, pp. 253-254.

alinéa 1^{er} (interdiction de la censure), et 150 (compétence de la cour d'assises) de la Constitution applicables. Toutefois, comme on le verra par la suite (*cf. infra*, chapitre 3), l'application du régime de la responsabilité en cascade consacré par le deuxième alinéa de l'article 25 de la Constitution à l'internet ne semble pas souhaitable. On pourrait dès lors prôner la suppression de ce régime.

82. Comment expliquer que l'on applique ces dispositions constitutionnelles à l'internet et pas à l'audiovisuel? Les médias écrits et audiovisuels ont toujours fait l'objet de traitements différenciés. Ainsi, en vertu de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, seuls les médias audiovisuels sont soumis à un régime d'autorisation¹. Dans ce cadre, comment situer l'internet? La Cour suprême des Etats-Unis² a jugé que l'internet aurait un caractère moins envahissant que la radio ou la télévision, ce qui donnerait à penser qu'il serait plus proche de la presse écrite³. Mais cette distinction est condamnée à tomber peu à peu en désuétude, en raison de la convergence entre les différents médias. Reste à espérer que la Cour de cassation se prononce sur ce point ou, mieux, que le constituant éclaircisse la question en modifiant la Constitution.

83. A cet égard, des révisions de la Constitution furent proposées pour étendre les garanties de l'article 25, alinéa 1^{er}, aux autres moyens de communication⁴, en l'occurrence la presse audiovisuelle et l'internet. Est-ce souhaitable, voire nécessaire? On a vu que la jurisprudence a développé certains raisonnements pour admettre ou au contraire refuser des restrictions préalables en matière d'audiovisuel. L'adoption d'un texte clair, propre à remplir la condition de légalité de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme permettrait de clarifier la situation. D'autres pays, tels que la France⁵ ou la Suisse⁶, ont suivi cette voie et autorisent, moyennant certaines modalités et dans des cas exceptionnels, les interventions préventives⁷. Il faut néanmoins craindre que tous les doutes ne soient pas levés, essentiellement en ce qui concerne la notion de censure ou de mesures préventives.

Pour ce qui est de l'article 150, il figurait dans les déclarations de révision de la Constitution depuis plusieurs législatures, mais ce n'est qu'en 1999 qu'il a fait l'objet d'une modification. Celle-ci ne concernait que la soustraction des délits de

1. E. MONTERO, 'La responsabilité civile des médias', *o.c.*, p. 102; T. VERBIEST, 'La presse électronique', *o.c.*, p. 73; P. TOUSSAINT, obs. sous Civ. Namur, 9 août 2000, *Journ. proc.*, 2000, n° 398, p. 23.

2. *Reno, Attorney General of the United States v. American Civil Liberties Union*, 117 S.Ct 2329 (1997). Pour un commentaire de cet arrêt, voir A. KLEBES-PELISSIER, *o.c.*, p. 393.

3. T. VERBIEST, 'La presse électronique', *o.c.*, p. 73.

4. Cet article est ainsi soumis à révision dans la dernière déclaration de révision de la Constitution (*M.B.*, 10 avril 2003, 2^e éd., p. 18319), 'en vue d'y ajouter un alinéa permettant d'élargir les garanties de la presse aux autres moyens d'information' (Voir aussi le projet de déclaration de révision de la Constitution, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2389/1, p. 3). Pour les déclarations antérieures, voir Projet de déclaration de révision de la Constitution, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 1791/1, p. 1 et n° 1791/3, p. 6; Projet de déclaration de révision de la Constitution, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1994-1995, n° 1344/1, p. 1 et *Ann. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1994-1995, 40, p. 1280; Proposition de déclaration de révision de la Constitution, Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1994-1995, n° 1295/1, p. 1; Proposition de déclaration de révision de la Constitution, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1994-1995, n° 1722/1, p. 1; Proposition de déclaration de révision de la Constitution, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 1932/1, p. 5 et n° 2078/1, p. 3; Projet de déclaration de révision de la Constitution, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2150/3, p. 23.

5. L'art. 9, al. 2, du Code civil français dispose que 'les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé'. Cet article ne peut toutefois être invoqué qu'en matière de protection de la vie privée.

6. L'art. 28, c. al. 3, du Code civil suisse énonce quant à lui que 'le juge ne peut interdire ou faire cesser à titre provisionnel une atteinte portée par les médias à caractère périodique que si elle est propre à causer un préjudice particulièrement grave, si la justification ne semble manifestement pas donnée et si la mesure ne paraît pas disproportionnée'.

7. Voir F. TULKENS, 'Pour un droit constitutionnel des médias', *o.c.*, pp. 15-16; O. DE THEUX, *o.c.*, p. 16; A. SCHAUS, 'Inédits de droit de la presse: commentaires de jurisprudence relative à la liberté d'expression', *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1164-1165.

presse inspirés par le racisme et la xénophobie à la compétence de la cour d'assises; pour ce qui est de l'élargissement de la compétence du jury aux nouveaux médias, les sénateurs et députés décidèrent d'en postposer l'examen¹. L'article 150 figure à nouveau dans la dernière déclaration de révision de la Constitution².

1. Voir *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 1936/1, p. 5 et n° 1936/2, p. 6 et J.-T. DEBRY, 'Le droit constitutionnel à l'épreuve de la société de l'information', *o.c.*, pp. 16-17, n° 8.

2. *M.B.*, 10 avril 2003, 2^e éd., pp. 18319 et s. Voir aussi le Projet de déclaration de révision de la Constitution, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2389/1, p. 3.

Chapitre 2. Les devoirs et responsabilités des acteurs des médias: aperçu de la jurisprudence belge

INTRODUCTION

84. Nonobstant les termes de son intitulé, choisis par commodité, le présent chapitre s'intéresse seulement aux devoirs et responsabilités des *auteurs* d'informations diffusées. Sont ainsi visés, notamment, les auteurs d'articles de presse (essentiellement les journalistes), d'ouvrages (historiens, essayistes, romanciers...), d'études (scientifiques, associations de consommateurs...) et de tracts, à l'exclusion des auxiliaires et intermédiaires des médias (éditeurs, imprimeurs, distributeurs, fournisseurs d'accès à l'internet, prestataires d'hébergement...). Les devoirs – 'positifs' (d'intervention) ou 'négatifs' (d'abstention) – et responsabilités de ces derniers sont identifiés ultérieurement, au moment d'examiner la question de l'imputabilité de la responsabilité (chapitre 3).

La responsabilité des médias est généralement mise en cause sur une base aquilienne (art. 1382 ou 1383 C. civ.). De manière classique, il appartient dès lors à la victime d'administrer la triple preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité unissant les deux.

85. L'existence d'un lien causal entre la faute et le préjudice subi est presque toujours évidente ou, en tout cas, rarement discutée. Nous ne consacrerons donc pas de section spécifique à l'examen de cette condition de la responsabilité aquilienne. Tout au plus se bornera-t-on à relever qu'au lieu de faire application de la théorie de l'équivalence des conditions qui a les faveurs de la Cour de cassation de Belgique¹, plusieurs décisions semblent retenir la théorie de la causalité adéquate pour l'appréciation du lien de causalité. On épingle deux décisions qui paraissent s'inspirer de cette dernière théorie: 'L'atteinte à l'honneur du demandeur a été principalement provoquée par le mandat d'arrêt qui lui a été décerné et par les commentaires que ce mandat a suscités dans tous les organes de presse et dans l'opinion publique'; considérant dès lors 'que l'article litigieux n'est pas responsable de cette atteinte à l'honneur', le Tribunal de première instance de Nivelles réduit à un franc symbolique l'indemnisation du dommage moral de la victime². Et cette autre décision de la Cour d'appel de Bruxelles: '(...) le dommage moral dont se prévaut l'appelant est dû à la conjonction des éléments suivants: le dépôt d'une plainte par un tiers, l'arrestation sur les lieux de travail par la police judiciaire, la publication de différents articles dans la presse et le comportement fautif de l'appelant. Une partie en tout cas du dommage moral subi par l'appelant se serait donc produit de la même façon sans les fautes commises par les journalistes'³.

86. L'exposé se concentre sur l'examen des deux autres conditions de la responsabilité aquilienne: la faute et le dommage.

Comme on l'a souvent fait remarquer, le droit de la responsabilité civile, de nature essentiellement prétorienne, se construit, se transforme et s'affine, en

1. Pour une référence explicite à cette dernière théorie en matière de presse, voir Civ. Charleroi (2^e ch.), 9 déc. 1998, *AM*, 2000, p. 148.

2. Civ. Nivelles, 11 sept. 1997, *AM*, 1998/2, p. 157.

3. Bruxelles (9^e ch.), 9 nov. 2001, *J.T.*, 2002, p. 167.

permanence, au fil des décisions judiciaires¹. La jurisprudence relative à la responsabilité des médias ne fait pas mentir cette juste assertion², qui se vérifie surtout dans l'appréciation de la faute (section 1). Par conséquent, à s'en tenir à une présentation des seuls critères généraux de la faute en la matière, on court le risque d'en donner une vue très sommaire et peu suggestive. Il est donc capital de prêter une attention particulière à la jurisprudence si l'on entend restituer un tant soit peu les nuances du droit de la responsabilité civile des médias. Aussi, après un exposé des principes généraux d'appréciation de la faute (§ 1), l'accent sera porté sur leur mise en œuvre concrète dans le cadre de certaines questions thématiques choisies (§ 2).

Nous consacrerons ensuite de brefs développements à l'évaluation et à la réparation du dommage (section 2). Seront examinés, tour à tour, les divers modes de réparation en nature (§ 1) et la réparation sous forme pécuniaire (§ 2).

SECTION 1. LA FAUTE

§ 1. Principes

87. Dès lors que la réparation des dommages causés par les médias relève du droit commun de la responsabilité civile, les cours et tribunaux apprécient la faute de l'auteur d'une information diffusée par référence au paradigme du bon père de famille, normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances *externes* de fait³. Pratiquement, 'il appartient au juge de vérifier, dans chaque cas d'espèce, s'il y a eu ou non violation des obligations qui sont celles d'un *journaliste normalement prudent et avisé* et de comparer, avec la conduite de ce dernier, celle de l'auteur de l'article incriminé'⁴.

La diffusion d'idées et d'opinions ressortissant à la liberté d'expression en général, et à la liberté de la presse en particulier, le devoir général de prudence est envisagé, dans chaque cas d'espèce, à la lumière des dispositions particulières relatives à ces libertés fondamentales. L'on sait, à cet égard, que la responsabilité des médias est tout particulièrement influencée par l'importante jurisprudence que la Cour de Strasbourg a développée autour de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ces dispositions sont, elles-mêmes, interprétées en fonction de l'évolution des idées et conceptions sociales relatives non seulement au rôle de la liberté des médias dans une société démocratique, mais aussi à d'autres valeurs juridiquement protégées telles que l'honneur, la réputation, le respect de la vie privée, le droit à la présomption d'innocence et à un procès équitable...

88. C'est dire combien il convient de garder constamment à l'esprit les principes exposés plus haut (chap. 1^{er}) tant ils contribuent à tracer le cadre conceptuel dans lequel les juges belges sont amenés à apprécier la diligence due par les médias. C'est dire aussi qu'il s'agit là d'une matière sensible – soumise à de multiples et imprévisibles influences (contexte émotionnel particulier qui fait que telle transgression devient soudainement intolérable...) – et se prêtant peu aux généralisa-

1. Voir, p. ex., J.-L. FAGNART, 'La responsabilité extra-contractuelle du prestataire de services', in J. LAFFINEUR (éd.), *Les prestations de services et le consommateur*, Coll. Droit et Consommation, XXIV, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, p. 146.

2. E. MONTERO, 'La responsabilité civile des médias', *o.c.*, p. 108.

3. Voir, p. ex., Civ. Liège (7^e ch.), 12 sept. 2001, *AM*, 2002/2, p. 194.

4. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 21 nov. 1990, *J.T.*, 1991, p. 90. Souligné par nous: il est régulièrement fait référence à ce critère dans les décisions judiciaires relatives à la responsabilité de la presse. Exemples: Civ. Bruxelles, 9 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999/21, p. 911; Civ. Bruxelles, 12 janv. 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 424.

tions. Cela étant, il est néanmoins possible de procurer une vue générale de la manière dont les juges belges apprécient les devoirs des médias.

89. La liberté d'expression est conçue en des termes extrêmement larges. Elle autorise naturellement à diffuser des informations ou des idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi des analyses ou des jugements de valeur qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction de la population¹. Corollaire indispensable de la liberté d'expression, la liberté de la presse est, elle aussi, assez étendue. Les médias peuvent largement critiquer, dénoncer, bousculer..., y compris en ayant recours 'à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation'². S'ils jouissent d'une grande liberté de critique dans leur mission d'information, les médias n'en sont pas moins tenus à certains devoirs. Ainsi ont-ils l'obligation de fournir au public une information, sinon exacte, en tout cas honnête, loyale, aussi objective et complète que possible. Ils sont tenus de respecter les droits élémentaires à l'honneur et à la réputation..., et doivent donc s'abstenir de propos outrageants, injurieux ou calomnieux et respecter la vie privée des personnes visées. A l'aide de nombreuses illustrations tirées de la jurisprudence, nous indiquerons plus précisément, dans la suite de l'exposé, la mesure et l'intensité de ces devoirs, lesquelles varient en fonction de divers facteurs.

En substance, la faute résulte tantôt d'une atteinte à un droit de la personnalité, tantôt de la transgression des règles professionnelles en vigueur. Ces dernières se situent logiquement aux deux niveaux de l'activité d'information: la *recherche* et la *communication*. Autrement dit, la faute éventuellement commise s'apprécie soit au moment et dans la manière de recueillir et traiter l'information, soit au moment et dans la manière de la communiquer (A). Mais, comme on le verra, la nature du contrôle exercé par les cours et tribunaux varie selon que la faute invoquée est relative à un fait précis ou à l'expression d'un jugement de valeur (B).

A. LES CONTOURS DE LA DILIGENCE DUE

1. Obligations liées à la recherche de l'information

90. Avant de lancer des informations dans le public, les journalistes sont tenus d'effectuer un minimum de recherches afin de s'assurer que leurs affirmations sont conformes à la réalité³. Dans la mesure où ils s'appuient largement sur des données de seconde main (nouvelles d'agences de presse, articles parus antérieurement dans d'autres médias...), voire sur de simples 'bruits' ou rumeurs, leur devoir d'investigation se traduit, en pratique, par une obligation de vérification *raisonnable* des données recueillies.

91. Cette obligation d'investigation et de contrôle qui pèse sur les journalistes est regardée comme une obligation de moyens. Elle s'apprécie 'compte tenu de la précarité de leurs moyens', selon une formule régulièrement utilisée dans les décisions judiciaires. Cela signifie que les juges tiennent compte des conditions de travail propres aux journalistes⁴ et de la relative carence de moyens de la presse belge. Ces contraintes conduisent la jurisprudence à ne pas ériger en faute un manquement à l'objectivité ou au devoir de véracité à l'égard des faits, dès

1. Cf. *supra*, n° 12, et les réf. citées en note.

2. Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. la Belgique* du 24 févr. 1997, cité *supra*, n° 12.

3. Les journalistes d'investigation n'ont cependant pas l'obligation de rencontrer les personnes qu'ils citent dans leurs articles. En ce sens, Civ. Liège (7^e ch.), 12 sept. 2001, *AM*, 2002/2, p. 194; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 mars 1999, cité par F. JONGEN, 'Tendances récentes...', *o.c.*, p. 189.

4. Lesquelles diffèrent de celles de l'historien ou des auteurs de travaux à caractère scientifique. On songe, en particulier, à la contrainte du temps. Le métier de journaliste suppose par nature de travailler rapidement, au rythme de l'actualité. Il est donc logique que ses obligations d'investigation, de vérification et de recoupement des sources soient appréciées avec une plus grande indulgence.

l'instant où il apparaît que le journaliste mis en cause a procédé à un travail raisonnable de vérification¹.

92. L'obligation de vérification qui incombe au journaliste présente diverses facettes.

Tout d'abord, le journaliste doit s'adresser à des sources fiables et vérifier celles-ci avant de rendre publiques ses affirmations², surtout si elles s'avèrent particulièrement graves.

A titre d'illustration, on rapprochera deux affaires. Dans la première, le demandeur soutenait que des allégations contenues dans un article publié par le journal *Le Soir*, sur la base d'une dépêche diffusée par l'agence Belga, étaient sans fondement et portaient atteinte à son honneur. Cette affaire donna lieu à un jugement du 9 juin 1998, dont on épingle certains attendus: 'Attendu (...) que la première défenderesse [l'agence Belga] s'est dès lors basée sur plusieurs sources convergentes pour diffuser à ses abonnés les informations contenues dans sa dépêche; que ces informations ont été relayées par la seconde défenderesse parce qu'elles présentaient toutes les garanties de fiabilité, eu égard notamment à leur provenance directement de Bujumbura où se trouvait l'envoyé spécial de l'agence Belga, première défenderesse; qu'il peut difficilement être exigé de la part du correspondant sur place dans un pays en proie à la guerre civile de vérifier l'exactitude rigoureuse des informations qu'il récolte, ses moyens d'investigation étant très limités; qu'il importe d'en tenir compte, faute de quoi la presse ne pourrait plus remplir sa mission d'information'³. Dans une autre affaire, à l'inverse, le choix et la vérification des sources furent critiqués. C'est ainsi que l'éditeur responsable du *Soir Illustré* fut condamné à dédommager deux dirigeants de l'a.s.b.l. Abrasax sévèrement mise en cause dans un article qui faisait état de pratiques sacrificielles: 'de telles affirmations et insinuations sont extrêmement graves pour la réputation des demandeurs; un journaliste normalement prudent se devait de vérifier ses sources avant de rédiger et de publier une telle prose. (...) Les défendeurs ne font cependant état, outre de la perquisition qui n'a débouché sur aucune inculpation (...), que d'une attestation d'un tenancier de bar, qui affirme avoir documenté le journaliste en se basant lui-même sur des confidences de prostituées (...); l'utilisation d'une telle source, qui ne fait d'ailleurs pas mention de sacrifices humains, aurait à tout le moins dû amener le journaliste à opérer des vérifications et à s'exprimer en termes plus mesurés et moins affirmatifs'⁴.

Par ailleurs, en aucun cas, la presse ne peut se faire l'écho de simples rumeurs non vérifiées, ni alléguer qu'elle se borne à rapporter l'existence de 'bruits' en sa qualité de témoin neutre et passif. Outre qu'il 'doit faire preuve d'une intention loyale', le journaliste est tenu de vérifier, au préalable, la provenance des bruits et rumeurs, ainsi que leur conformité à la vérité, spécialement s'ils sont susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la bonne réputation de la personne visée⁵.

Le journaliste n'est pas à l'abri de toute responsabilité sous prétexte qu'il se serait borné à reproduire des informations préalablement rapportées par d'autres

1. Voir, p. ex., Civ. Liège (7^e ch.), 15 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 160; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 9 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999/21, p. 909 et la note de F. JONGEN, 'Le journaliste et la précarité'; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 21 nov. 1990, *J.T.*, 1991, p. 90: 'on ne peut exiger [du journaliste], sous peine de rendre l'exercice de sa profession et de la liberté de la presse impossible, une objectivité absolue, compte tenu de la précarité relative de ses moyens d'investigation'. Voir aussi Civ. Bruxelles (14^e ch.), 2 juill. 1993, *AM*, 1996/2, p. 161; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 21 nov. 1990, *J.T.*, 1991, p. 91; Civ. Liège (1^{re} ch.), 20 mars 1980, *J.T.*, 1980, p. 437.

2. Bruxelles, 18 oct. 2001, *AM*, 2002, p. 167.

3. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 9 juin 1998, précité.

4. Civ. Charleroi (2^e ch.), 9 déc. 1998, *J.L.M.B.*, 1999/21, p. 923, *AM*, 2000, p. 145.

5. Voir, p. ex., Bruxelles (9^e ch. civ.), 18 févr. 2001, *Journ. proc.*, 2001, n° 411, p. 22, *AM*, 2002, p. 282; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 196, *AM*, 2000, p. 96; Civ. Louvain (3^e ch.), 15 janv. 1996, *AM*, 1996/4, p. 461; Civ. Bruxelles (20^e ch.), 13 sept. 1994, *J.T.*, 1995, p. 9; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 21 nov. 1990, *J.T.*, 1991, p. 90; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 2 avril 1996, R.G. 92/11945/A.

médias: ces circonstances ne le dispensent pas d'effectuer lui-même un travail raisonnable de vérification¹.

Dans le même ordre d'idées, il ne suffit pas que le journaliste fasse 'parler' des tiers, dans le cadre d'un article de presse, pour échapper à toute responsabilité. Des raisons peuvent exister qui déconseillent la publication: en toute hypothèse, un devoir élémentaire de vérification s'impose. En particulier lorsque les allégations des témoins convoqués afin d'étayer ses analyses apparaissent *prima facie* invraisemblables ou particulièrement graves, la prudence commande au journaliste de s'abstenir de les reproduire, en l'absence d'investigations plus poussées permettant d'en vérifier la véracité ou, du moins, la vraisemblance². A ce propos, il a été jugé, à propos d'une série d'articles parus dans *La Libre Belgique*, d'une part, qu'«à peine de vider de sa substance la liberté de la presse, l'on ne peut reprocher à un journaliste de relater les propos tenus lors d'une conférence de presse par un homme politique», d'autre part, que «sans remettre en cause le secret des sources, il ne peut être admis qu'un journaliste normalement prudent et avisé se retranche derrière un prétendu témoin anonyme pour mettre gravement en cause l'honorabilité d'une personne»³.

Enfin, l'obligation de vérification implique un devoir de mise à jour de ses informations. Ainsi, il fut reproché à un journaliste qui faisait état de la condamnation d'une personne, de ne pas avoir précisé que la décision de condamnation avait été frappée d'appel⁴.

93. L'intensité du devoir de vérification est fonction de divers facteurs tels que: la gravité apparente des imputations rapportées et l'importance du préjudice qu'elles sont susceptibles d'occasionner si elles s'avéraient erronées⁵; le contexte dans lequel s'inscrivent les révélations⁶; l'utilité potentielle pour le public des informations transmises⁷; les moyens d'investigation et de vérification dont dispose le journaliste⁸.

1. Bruxelles (9^e ch. civ.), 18 févr. 2001, *Journ. proc.*, 2001, n° 411, p. 25; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 138; Bruxelles (9^e ch.), 5 févr. 1999, *Journ. proc.*, 1999, n° 367, p. 26, *AM*, 1999, p. 274, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13296; Civ. Charleroi, 9 déc. 1998, *J.L.M.B.*, 1999/21, p. 923; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 déc. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 204, *AM*, 1998/3, p. 260; Civ. Nivelles, 11 sept. 1997, *AM*, 1998/2, p. 157; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 2 avril 1996, précité; Civ. Bruxelles (4^e ch.), 12 janv. 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 424.

2. A ce sujet, E. MONTERO, 'La responsabilité civile des médias', *o.c.*, p. 120 et les réf.

3. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 18 déc. 2001, *J.L.M.B.*, 2002/10, p. 433. Le Tribunal considère, en l'espèce, que 'la citation du nom du demandeur était totalement inutile dans le cadre d'une information objective des lecteurs, à propos de l'affaire DUTROUX, et que le seul fait de citer [son nom] dans le cadre de l'affaire la plus médiatisée et la plus révoltante de ces dix dernières années est constitutif de faute'.

4. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 710, *AM*, 1998/3, p. 264.

5. En ce sens, Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 juin 1998, précité; Civ. Charleroi (2^e ch.), 9 déc. 1998, précité; Civ. Bruxelles, 8 mai 2002, inédit, *R.G.* n° 2001/517/A.

6. Le devoir de vérification peut être aggravé en raison d'un contexte particulièrement sensible. Voir, p. ex., Civ. Nivelles, 11 sept. 1997, *AM*, 1998/2, p. 157: '(...) plus les événements sont tragiques et l'opinion publique sensible, plus le journaliste doit faire preuve de rigueur et de professionnalisme (...), et la vérification des sources s'impose plus que jamais afin de ne pas 'lâcher' une information douteuse à un public et à des lecteurs avides de nouvelles dans le contexte d'émotions profondes décrit ci-avant [il s'agissait, en l'occurrence, du contexte de l'affaire DUTROUX]'. Voir aussi Civ. Charleroi, 9 déc. 1998, précité.

7. Voir, p. ex., Civ. Bruxelles (14^e ch.), 2 avril 1996, précité: 'le journaliste ne peut notamment se faire l'écho de n'importe quelle rumeur répandue sur n'importe qui ou relayer sans vérification une imputation rapportée par un autre média; que le droit à l'information, basé sur l'utilité potentielle des renseignements transmis, se distingue de l'appétence du sensationnel (...)'. En l'espèce, un article publié dans *La Dernière Heure-Les Sports* insinuait que SARDOU aurait déclaré à Etienne DAHO que les gens atteints du SIDA sont responsables de leur maladie et qu'il ne voyait pas pourquoi il chanterait pour eux. Les propos prêtés à Michel SARDOU ont été démentis aussi bien par l'intéressé que par son interlocuteur présumé.

8. *Ibid.* Le Tribunal a estimé *in casu* que le défendeur pouvait aisément vérifier l'exactitude des informations, notamment en interrogeant Etienne DAHO.

2. Obligations liées à la diffusion de l'information

94. La prudence est de rigueur également dans la manière de délivrer l'information. Le journaliste doit préciser, le cas échéant, la part d'incertitude qu'elle comporte. Il doit agir avec bonne foi, correction et objectivité, et ne pas présenter comme certain ce qui est douteux. Lorsqu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de contrôler l'exactitude d'une donnée, il a le devoir de l'indiquer, en formulant les réserves opportunes ou de toute autre façon permettant au public d'évaluer sa fiabilité¹. A titre d'exemple, si des 'bruits' ou rumeurs existent et sont présentés comme tels, avec les réserves opportunes et, en faisant état, le cas échéant, du démenti apporté par l'intéressé auxdits bruits ou rumeurs, il est probable que, ce faisant, 'le journaliste se comporte avec lucidité, bonne foi, correction et objectivité', et partant ne commet aucune faute².

95. Ces principes trouvent une application particulière dans la façon de rendre compte d'une interview. D'emblée, il convient de préciser, en reprenant les termes d'un intéressant arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, d'une part, 'que la liberté de programmation des entreprises de radio et de télévision, comme les nécessités techniques, notamment la durée limitée d'une émission, qui s'imposent à elles, les laissent seules juges d'opérer des coupures dans l'interview recueillie pour autant que celles-ci soient faites avec bonne foi, c'est-à-dire qu'elles ne dénaturent pas le sens et la portée des paroles de l'interviewé', d'autre part, 'que la personne interviewée ne dispose pas d'un droit de contrôle sur l'émission dans laquelle s'insère l'interview qu'elle a accordée'³.

Cela étant, en cas d'allégations diffamatoires ou calomnieuses, on peut se demander s'il revient au journaliste ou à l'interviewé de réparer le préjudice subi par la victime. Il ressort d'un jugement exemplaire que le journaliste est irréprochable s'il a pris les précautions nécessaires et n'a, en aucune façon, tenté d'accréditer les propos de l'interviewé, bref s'il 'a agi avec bonne foi, correction et objectivité, comme doit le faire un journaliste normalement prudent et avisé'⁴. On peut en déduire, *a contrario*, que la responsabilité du journaliste pourrait être retenue dès l'instant où il tente, par des considérations ou commentaires personnels, de présenter comme vraies ou vraisemblables les accusations émises par l'interviewé. Ainsi donc, en l'espèce, sans blanchir *a priori* l'auteur de l'interview, le tribunal fait peser la responsabilité sur l'interviewé. Tout dépend, en définitive, de la manière de présenter les propos recueillis⁵.

Dans un semblable ordre d'idées, certains journaux ou périodiques sont friands d'enquêtes, de 'dossiers' ou de reportages... émaillés de déclarations diverses faites par des confidents ou des témoins, identifiés ou anonymes. Ici aussi, le signataire de l'article ou l'organe de presse auraient beau jeu de prétendre se contenter de relayer des affirmations, le cas échéant mensongères, émanant de tiers. Tout dépend, une fois encore, des précautions prises par le journaliste dans la manière de rapporter les témoignages et déclarations des tiers. Si les commentaires et développements propres du journaliste tentent de les faire accréditer, l'on peut considérer que ce dernier manque à son devoir d'objectivité, voire participe à la

1. Voir, p. ex., Civ. Nivelles, 11 sept. 1997, *AM*, 1998/2, p. 157.

2. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 21 nov. 1990, précité.

3. Bruxelles (8^e ch.), 26 oct. 1989, *J.T.*, 1990, p. 611.

4. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 4 nov. 1992, *Journ. proc.*, n° 228, 1992, p. 24, obs. F. JONGEN. En l'espèce, l'ancien ministre de la Justice Jean GOL avait été sévèrement mis en cause par le Baron DE BONVOISIN dans le cadre d'une interview reproduite dans le journal *Libération*.

5. Voir également Civ. Bruxelles (réf.), 22 juin 1999, *Journ. proc.*, 1999, n° 376, p. 28 (cette affaire concerne la diffusion, par la R.T.B.F., de son magazine 'Au nom de la loi' consacré au génocide du Rwanda; l'émission reprenait certaines séquences d'une interview accordée par le demandeur, qui reprochait notamment un manque d'objectivité au 'montage' de cette émission); Civ. Bruxelles (14^e ch.), 2 juill. 1993, *AM*, 1996/2, p. 161.

faute commise par les auteurs des allégations mensongères, diffamatoires ou calomnieuses¹.

A cet égard, le choix des titres et des photos assortissant les déclarations relayées, ainsi que la forme de l'article et la mise en page, sont parfois pris en considération dans la mesure où ils contribuent également à révéler la faute du journaliste².

96. Si la nécessité d'une libre discussion sur les questions d'intérêt général – parmi lesquelles celles qui concernent la vie politique – justifie une plus grande tolérance, elle ne dispense pas pour autant du devoir de prudence dans la formulation des informations révélées. Ainsi, dans un litige opposant Paul VANDEN BOEYNANTS à l'auteur d'un ouvrage consacré à l'affaire des tueries du Brabant wallon, la Cour d'appel de Bruxelles conclut, à l'issue d'un examen minutieux de la teneur de l'ouvrage, que l'auteur ne s'est pas comporté comme un journaliste normalement prudent et avisé, en donnant à ses lecteurs, sur base de données fragiles, l'impression que l'ancien Premier Ministre pouvait être impliqué ou avoir joué un rôle déterminant dans la préparation ou l'exécution de délits très graves, tels que trafic de drogue, meurtre ou atteinte à la sûreté de l'Etat, qu'il a ainsi porté atteinte à la bonne réputation de l'intimé³.

97. L'obligation de prudence imposée au journaliste se marque également sur le plan du ton employé. A cet égard, la jurisprudence belge apparaît nettement moins clémentine à l'égard de la presse que la Cour européenne des droits de l'homme, plus portée à privilégier la liberté d'expression au détriment de la protection du droit des tiers à l'honneur et à la réputation (*supra*, n^{os} 32 et 34)⁴.

Il ressort de nombreuses décisions de la justice belge que les journalistes doivent s'abstenir de propos méchants, malveillants, injurieux, dénigrants, infamants ou outrageants⁵. Ainsi, la responsabilité de l'éditeur du journal *Le Soir* a été engagée pour un article consacré au groupe 'Vaya con Dios' – malicieusement intitulé 'Vaya con...'. Ayant relevé l'usage des termes de 'bêtise (...), vulgarité (...), stupidité, niveau guère élevé (...), réel manque d'éducation voire de jugeote (...)', le Tribunal en conclut que 'l'article présente à l'évidence un caractère malveillant et injurieux' pour les membres du groupe visés, d'autant que pas un mot 'n'est consacré à la qualité ou à l'absence de qualité artistique du nouvel album' du groupe⁶. Dans une autre affaire, il a été jugé que 'le journaliste n'est pas fondé à invoquer, pour sa justification, un but d'information légitime et une intention loyale lorsque son article révèle une intention agressive et la volonté de déconsidérer une personne, celle-ci fût-elle par sa fonction publique et ses prises de position politique plus exposée à la critique et à la malignité publiques'⁷.

98. La prudence – qui s'indique, on l'a vu, dans la manière de faire état d'une information – conduit souvent les journalistes à utiliser le conditionnel ou les

1. A titre d'exemples, voir Bruxelles (9^e ch. civ.), 22 mars 2002 (réf.), *Journ. proc.*, 2002, n^o 436, p. 26, note F. TULKENS (l'arrêt interdit provisoirement la diffusion d'une émission de la R.T.B.F., 'Au nom de la loi', consacrée aux erreurs médicales et qui semblait bâtie uniquement à charge d'un médecin en particulier); Civ. Bruxelles (réf.), 22 juin 1999, précité; Civ. Liège (réf.), 12 janv. 1999, *J.L.M.B.*, 1999/21, p. 915.

2. Voir, p. ex., Civ. Bruxelles, 25 avril 2000, *Journ. proc.*, 2000, n^o 406, p. 24; Civ. Bruxelles, 4 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2000/37, p. 1617; Civ. Liège, 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1131; Civ. Bruxelles (9^e ch.), 29 juin 1987, *J.T.*, 1987, p. 685, obs. F. RIGAUX.

3. Bruxelles (1^e ch.), 25 sept. 1996, *AM*, 1997/1, p. 76.

4. Voir néanmoins Civ. Nivelles, 12 mars 2002, *AM*, 2003, p. 77, évoqué *infra*, n^o 109.

5. Voir, p. ex., Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1595; Bruxelles, 5 févr. 1999, *Journ. proc.*, 1999, n^o 367, p. 29; Civ. Liège, 21 sept. 1999, *Journ. proc.*, 2000, n^o 384, p. 30; Liège (19^e ch.), 12 févr. 1997, *J.T.*, 1997, p. 298; Civ. Bruxelles (20^e ch.), 13 sept. 1994, *J.T.*, 1995, p. 9; Civ. Bruxelles, 22 nov. 1994, *R.G.A.R.*, 1995, n^o 12443; Civ. Bruxelles (4^e ch.), 28 déc. 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 672.

6. Civ. Bruxelles, 8 févr. 1995, *J.T.*, 1995, p. 707. Le Tribunal estime, par ailleurs, que 'revêt, pareillement, un caractère outrageant...' le commentaire des qualités de l'impresario de Madame SCHOOVAERTS, décrit comme 'un manager anglais qui ne semble briller ni par son intelligence, ni par sa délicatesse'.

7. Civ. Bruxelles, 14 sept. 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1227.

guillemets pour suggérer que celle-ci est sujette à caution. Ces précautions de forme, si elles peuvent s'avérer utiles, ne les dispensent cependant pas de leurs devoirs sur le fond. Autrement dit, l'usage du mode conditionnel ou la mise entre guillemets d'une imputation douteuse est parfois nécessaire, mais jamais suffisant.

Ainsi, un Tribunal a estimé qu'ayant rapporté des rumeurs 'en les présentant comme telles et au conditionnel', un journaliste n'a pas commis de faute¹. Par contre, dans une autre affaire, après avoir rappelé qu'un journaliste peut critiquer des pratiques de politiciens, le jugement rendu n'en stigmatise pas moins l'allusion faite, *même sous une forme interrogative et conditionnelle*, à des paiements de pots-de-vin dont l'existence n'est pas prouvée ou vérifiée et dont les deux défendeurs reconnaissent en conclusion qu'il s'agissait de 'rumeurs' généralement connues².

Quant aux guillemets, force est de constater que leur emploi est affecté d'une ambiguïté certaine et prête dès lors à discussions. Servent-ils 'à mettre en valeur des mots isolés dans un but de dérision, d'ironie ou de mise en doute de la véracité de l'idée ou du fait énoncé'?³ Ou, au contraire, 's'emploient au commencement et à la fin... 'd'une locution sur laquelle on veut attirer l'attention'? Cette controverse est au centre d'une intéressante affaire dans laquelle le Tribunal conclut que 'l'on ne peut exiger du lecteur moyen qu'il soit au courant des règles qui divisent les grammairiens les plus éminents et surprennent des professionnels du journalisme'⁴.

Au total, ni l'emploi de guillemets, ni l'usage du conditionnel, ne sauraient en soi immuniser la presse dès lors qu'il ressort de l'article dommageable que, dans la manière de rapporter des rumeurs, son auteur ne s'est pas comporté comme un journaliste normalement prudent et avisé⁵.

B. LA NATURE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

99. Dans la ligne d'une distinction établie par la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 37), la nature du contrôle exercé par les cours et tribunaux varie selon que la faute reprochée au journaliste concerne l'affirmation d'un *fait précis* ou l'expression d'un *jugement de valeur*. De nombreuses décisions se réfèrent explicitement à cette distinction⁶.

1. Le devoir de stricte véracité à l'égard des faits

100. La jurisprudence rappelle souvent que les médias ont un devoir de stricte véracité à l'égard des faits⁷. Etant donné que 'la matérialité des faits peut se prouver', suivant les termes de divers arrêts de la Cour de Strasbourg (*supra*, n° 37), il est du devoir du journaliste de réaliser un travail de recherche sérieux avant de faire état de faits précis. Cela étant, le journaliste n'est pas automatiquement tenu pour fautif dès l'instant où les faits allégués se révèlent inexacts. Son obligation d'investigation est, à cet égard, de simples moyens.

1. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 21 nov. 1990, précité. Dans le même sens: Civ. Bruxelles, 9 juin 1998, précité.
2. Civ. Bruxelles (20^e ch.), 13 sept. 1994, *J.T.*, 1995, p. 9 (en l'espèce, un article publié dans l'hebdomadaire *Trends* laissait entendre que le demandeur, M. Willy CLAES, à l'occasion de la décision d'achat des hélicoptères Agusta, aurait pu être influencé par un prétendu 'pot-de-vin' versé à son profit ou au profit de son parti). Dans le même sens, voir aussi Civ. Bruxelles, 4 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2000/37, p. 1617; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 22 nov. 1994, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12449.
3. En ce sens, Paris, 27 mai 1982, *D.S.*, 1982, J, 599, obs. D. AMSON.
4. Civ. Bruxelles (9^e ch.), 29 juin 1987, *J.T.*, 1987, p. 685, obs. F. RIGAUX. Pour plus de détails sur cette affaire et sur la controverse relative à l'emploi des guillemets, voir E. MONTERO, 'La responsabilité civile des médias', *o.c.*, pp. 117-119. Voir aussi les considérations de l'avocat général SPREUTELS dans son avis précédant l'arrêt d'appel du jugement commenté (de larges extraits de cet avis sont publiés dans *Journ. proc.*, 1989, n° 142, pp. 28 et s.).
5. En ce sens, voir encore Civ. Bruxelles (4^e ch.), 28 déc. 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 672.
6. P. ex., Civ. Bruxelles (réf.), 26 mai 1999, *AM*, 2000, p. 108; Civ. Bruxelles, 28 oct. 1999, *AM*, 2000, p. 113, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13340; Bruxelles, 16 févr. 2002, *AM*, 2002, p. 282; Civ. Bruxelles, 19 mars 2002, *AM*, 2002, p. 532; Civ. Bruxelles, 30 sept. 2002, *AM*, 2002, p. 537.
7. P. ex., Bruxelles (9^e ch.), 9 nov. 2001, *J.T.*, 2002, p. 167.

Pour apprécier sa responsabilité, les tribunaux vérifient concrètement s'il y a eu un travail raisonnable d'investigation en vue de rassembler des éléments de preuve à l'appui de ses affirmations. Ils se montrent généralement indulgents lorsqu'il est prouvé que le journaliste a effectivement pris soin de s'adresser à des sources dignes de foi, de vérifier ses affirmations et de les présenter avec les nuances voulues¹. Bref, s'il est démontré qu'il s'est comporté comme 'un journaliste normalement prudent et avisé', aucun reproche ne lui sera adressé, et ce, même si les faits allégués ne correspondent à aucune réalité. En revanche, sa responsabilité sera retenue s'il s'est borné à révéler une information fournie par un tiers ou à répandre des rumeurs, sans vérifier au préalable leur conformité à la vérité².

2. Le contrôle marginal des jugements de valeur

101. A la différence des faits, toujours selon la haute juridiction strasbourgeoise (*supra*, n° 37), les opinions et jugements de valeur ne se prêtent pas à une démonstration d'exactitude. A leur endroit, 'l'obligation de preuve est donc impossible et porte atteinte à la liberté d'opinion'. Tout au plus peuvent-ils se révéler excessifs, notamment en ce qu'ils consistent en des affirmations gratuites, sans fondement *in re* aucun.

Par conséquent, lorsque les reproches adressés à une publication visent moins les faits rapportés que les commentaires ou les jugements de valeur exprimés par son auteur, les cours et tribunaux se contentent d'exercer un *contrôle marginal*. Autrement dit, ils sanctionnent les seuls *excès* manifestes commis dans l'expression des opinions ou jugements querelés.

La suite de l'exposé fourmille de références jurisprudentielles de nature à illustrer la mise en œuvre de cette technique du contrôle marginal de l'excès commis dans l'exercice de la liberté d'expression des opinions.

§ 2. Approche thématique

A. LES FRONTIÈRES DU 'DROIT À L'HUMOUR'

102. Suffit-il de s'exprimer sous le couvert de l'humour pour échapper à toute responsabilité? Peut-on rire de tout et de tout le monde? Autrement dit, l'ambition de faire rire procure-t-elle une immunité absolue ou faut-il lui assigner certaines limites? Ces questions sont au cœur d'un grand nombre de décisions judiciaires relatives, pour la plupart, à des émissions ou journaux satiriques³.

S'il semble permis d'affirmer l'existence d'un 'droit à l'humour' (1), l'exercice d'un tel 'droit' n'en est pas moins enserré dans certaines limites (2).

1. L'affirmation d'un 'droit à l'humour'

a) Les sources du 'droit à l'humour'

103. Plusieurs décisions de justice, surtout françaises, reconnaissent une sorte de droit à l'humour, qui se décline, en l'occurrence, comme un 'droit à l'irrespect et à l'insolence', à 'l'imprudence et à la subjectivité'. Un tel droit est présenté comme un des aspects de la liberté d'expression proclamée par l'article 10 de la Conven-

1. P. ex., Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 nov. 1997, *AM*, 1998, p. 153.

2. P. ex., Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 196.

3. Sur ce thème, voir notamment, G. VOGEL, *Droit de la presse*, Luxembourg, Promoculture, 2000, spéc. pp. 73 et s.; P. MARTENS, 'La plaisanterie et le droit', *Mélanges offerts à Michel HANOTIAU*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 139 et s.; M. ISGOUR, 'La satire: réflexions sur le 'droit à l'humour'', *AM*, 2000, pp. 59 et s.; F. FIECHTER-BOULVARD, 'La caricature: dualité ou unité', *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 65 et s.

tion européenne des droits de l'homme¹. En Belgique, il est également admis que le 'droit de rire' se rattache aux textes fondamentaux relatifs à la liberté d'expression (notamment l'art. 19 Const.)².

Par ailleurs, un 'droit à l'humour' est expressément consacré en matière littéraire et artistique. Aux termes de l'article 22, § 1^{er}, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, 'lorsque l'œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire: (...) 6° la caricature, la parodie ou le pastiche, compte tenu des usages honnêtes'. Ce texte a toutefois une portée restreinte dans la mesure où il vise seulement la caricature, la parodie ou le pastiche d'une *œuvre préexistante*, et non celle portant sur une personne. L'exception de parodie n'est prise en considération que si plusieurs conditions sont cumulativement remplies: la parodie est elle-même une œuvre originale; elle vise à critiquer ou railler l'œuvre parodiée; elle présente un *ton humoristique* (souligné par nous); elle n'emprunte à l'œuvre originale que les éléments strictement nécessaires pour ne pas entraîner de confusion avec l'œuvre originale, ni la dénigrer³.

Ainsi, les cours et tribunaux sont régulièrement appelés à se prononcer en matière d'humour, le plus souvent à propos d'émissions ou d'articles satiriques qui ne sont pas du goût des personnes visées, mais parfois aussi dans des affaires où est invoquée l'exception de caricature, parodie ou pastiche d'une œuvre protégée par un droit d'auteur. Faute d'indications légales tout à fait précises permettant de déterminer les devoirs et contraintes qui pèsent sur les auteurs humoristiques ou satiriques, c'est la jurisprudence qui a été amenée à définir la portée de la liberté d'expression dans ce registre particulier.

b) La tolérance à l'égard du bouffon

104. Il ressort d'une jurisprudence fournie que l'humour sous toutes ses formes – caricature, pastiche, pamphlet, parodie, satire... – bénéficie d'une liberté plus étendue que d'autres modes d'expression. L'humour est par principe irrévérencieux, excessif, insolent ou mordant; il induit par nature l'outrance, la déformation, la dérision, une volonté de provocation... Aussi le genre humoristique/satirique bénéficie d'une réelle tolérance, voulue par les usages.

Selon la Cour de Strasbourg, on l'a vu (*supra*, n° 34), la liberté d'expression s'étend aux informations et idées 'qui heurtent, choquent ou inquiètent' et 'la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation'. *A fortiori* une large tolérance s'impose-t-elle à l'égard de propos tenus dans un but purement récréatif, de simple divertissement. On ne peut exiger de l'humoriste, du caricaturiste ou de l'auteur satirique la prudence d'expression, la mesure et l'objectivité... dès lors que l'excès et l'outrance sont les lois du genre.

c) Les raisons de la tolérance à l'égard du genre humoristique

105. L'humour présente de nombreux côtés très positifs. Outre le défoulement qu'il procure, il est doté de précieuses vertus pédagogiques: en raillant des modes de pensées, les passions des hommes, des attitudes typées, des groupes sociaux, certaines prises de position publiques, etc., l'humour maintient en éveil l'esprit critique; il rend possible une présentation de l'actualité 'sous un jour à la fois original et piquant', ainsi qu'une appréciation à la fois plus réaliste et plus

1. Cf. Reims (aud. sol.), 9 févr. 1999, *J.C.P.*, G, 1999, II, 10144, note C. BIGOT, et les nombreuses références jurisprudentielles citées.

2. Cf. B. MICHAUX, 'La bande dessinée et les droits des tiers. Mais quelles sont les limites à la liberté de création?', *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1997, p. 194.

3. Cf. A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 79; A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Bruxelles, Larcier, 1995, n° 92. En jurisprudence, voir, p. ex., Corr. Malines, 3 févr. 1999, *Ing.-Cons.*, 1999, 385; Civ. Bruxelles, 15 févr. 1996, *AM*, 1996, p. 319, note L. VAN BUNNEN.

concrète de la vie politique et sociale¹. Bref, comme l'a exprimé, en des termes particulièrement heureux, le Tribunal correctionnel de Paris, le bouffon 'remplit une fonction sociale éminente et salubre qui s'exerce par principe, légitimement, au détriment des puissants, des personnages publics, de ceux dont on parle ou dont les idées sont connues; il participe, à sa manière, à la défense des libertés'².

La tolérance à l'égard du genre humoristique tient également à l'impossible confusion dans l'esprit du destinataire des propos, qui ne peut normalement pas se méprendre sur le but et la portée de ceux-ci.

L'utilité sociale du bouffon et l'absence de risque que ses propos soient pris au sérieux justifient cette plus grande tolérance à l'égard du genre humoristique et en marquent aussi les limites (*infra*, point 2, n^{os} 108 et s.).

d) De la difficulté de faire le départ entre l'humour licite et l'humour illicite

106. En cette matière, l'appréciation de la faute s'avère particulièrement délicate. Dès lors que l'excès et l'outrance font partie des 'lois du genre', comment juger de l'éventuelle imprudence de l'humoriste? A partir de quand l'excès devient-il manifestement... excessif ou déplacé? L'appréciation du préjudice suscite également des hésitations. La satire provoque l'hilarité des uns et le dégoût des autres,... ses victimes qu'elle effarouche, blesse, irrite, pique, déchire... Mais à partir de quand y a-t-il dommage réparable? Pour être admis, l'humour doit-il être un humour convenu, politiquement ou socialement correct... ou peut-il être féroce, cinglant, virulent, portant le fer là où ça fait mal, sur des questions graves et sensibles...? Autant de questions qui suggèrent la difficulté à bien juger en la matière.

A ce propos, on ne résiste pas à la tentation de reproduire certains extraits d'un récent jugement – joliment motivé! – rendu à propos d'un spectacle donné en public par l'humoriste François PIRETTE et retransmis dans le cadre d'une émission télévisée de la R.T.B.F.³: 'L'on ne peut s'empêcher de considérer que de tous temps les hommes, et plus spécialement les artistes de cabaret, les écrivains grands ou petits, les caricaturistes (...) ont amusé le public en dénonçant les travers de leurs contemporains (la fatuité ridicule des puissants, l'avarice, la lourdeur supposée des Allemands, la vanité des Français, la ladrerie prêtée aux Juifs ou aux Ecossais, voire aux Hollandais, mais aussi la disgrâce physique des nains, des bossus, des obèses, des chauves, des bègues, des manchots, etc., etc. (...); qu'il serait plus que hasardeux de prétendre censurer, même *a posteriori*, l'expression de ces talents qui peuvent se réclamer de la liberté d'expression, même si certaines personnes, et c'est bien normal, restent allergiques à telle ou telle moquerie et peuvent même en éprouver de l'amertume (...)'. Et le juge de poursuivre, avant de déclarer la demande non fondée: 'sans rien enlever à la possibilité pour les tribunaux de réprimer des dérives caractérisées et réellement dommageables, il convient d'éviter de sombrer dans la pensée unique et le 'politiquement correct' à une époque où précisément les gendarmes de la bonne pensée se font nombreux et agissants, pour nous imposer un langage aseptisé et convenu'⁴.

107. Tout ceci amène à souligner combien sont empreintes de subjectivité les appréciations destinées à séparer l'humour tolérable de l'humour fautif. Modé-

1. J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, L.G.D.J., 1978, p. 106, cité par P. AUVRET, obs. sous T.G.I. Paris (réf.), 17 et 19 juin 1987, *J.C.P.*, G, 1988, II, 20957.

2. T.G.I. Paris (17^e ch.), 9 janv. 1992, *Gaz. Pal.*, 1992, I, p. 187, obs. P. BILGER, *D.*, 1994, p. 195, note C. BIGOT.

3. Se disant profondément blessés par le contenu dudit spectacle raillant certains handicaps physiques, les demandeurs déclaraient agir tant en leur nom personnel qu'en qualité de représentants légaux de leur enfant mineur (porteur d'un des handicaps moqués).

4. Civ. Liège (6^e ch.), 17 sept. 2002, *Journ. proc.*, 2002, n^o 445, p. 29.

rément éclairé par la doctrine, le juge est largement abandonné à lui-même en cette matière rebelle à tout effort de conceptualisation. Il en résulte que ses jugements sont forcément marqués par sa propre subjectivité. En témoigne la fréquente différence d'appréciation entre juges saisis d'un même litige, laquelle 'nous renseigne davantage sur la personne du juge que sur l'état du droit'. Dès l'instant où il tranche dans un litige où sont mis en cause des propos prétendument humoristiques, il en dit long, bon gré mal gré, sur son propre sens de l'humour, ses phobies et ses phantasmes, voire 'ses présupposés libidinaux'¹.

Cela étant, s'il est incontestable que le genre humoristique doit bénéficier d'une large indulgence, il ne saurait être question de lui reconnaître une immunité absolue. Le droit à l'humour se voit assigner une triple limite. Ces trois critères de la faute, il est permis de les désigner à l'aide de trois maîtres mots: le détournement, la confusion et l'atteinte à la dignité humaine.

2. Les limites du 'droit à l'humour'

a) Le détournement

108. La jurisprudence considère que l'humour doit s'exercer conformément aux 'lois du genre', lesquelles autorisent outrage et excès *dans le seul but de faire rire*. Comment pourrait-on réclamer le bénéfice des 'lois du genre' alors qu'on s'en serait délibérément affranchi, les détournant à d'autres fins?

Aussi, n'est pas exempt de faute l'auteur qui, au lieu de s'exprimer à des fins de divertissement, a été animé par une intention manifestement méchante et une volonté évidente de nuire. Pratiquement, il y a détournement fautif des 'lois du genre' lorsque l'humour porte atteinte de façon intolérable à la réputation, à la considération ou à l'honneur d'une personne ou a manifestement pour seul but de ridiculiser ou de dénigrer quelqu'un. Un tel type d'abus est présumé, d'une part, en cas de violation de la vie privée, d'autre part, en présence de propos délibérément outrageants ou injurieux destinés exclusivement à ridiculiser ou déconsidérer la personne visée.

109. A titre d'exemple, on citera cette affaire dans laquelle le journal *Pan* avait consacré au parlementaire et avocat Willem DRAPS divers articles jugés *injurieux*, dans lesquels ce dernier était présenté notamment comme 'cet 'élu du peuple' (tu parles!) considéré par ses pairs au PRL... (c'est eux et pas nous qui le disons) comme 'une sale petite frappe' ou comme un 'combinard-cumulard' et prêt à tout pour survivre politiquement'². Par contre, dans une autre affaire, le Tribunal débouta les demandeurs qui soutenaient qu'un article publié dans l'hebdomadaire *Le Vif-L'Express* présentait à leur égard un *caractère injurieux*³. De même, la caricature de mandataires communaux, représentés fumant le cigare, de l'argent débordant de leurs poches, ne fut pas considérée comme fautive: 'les déformations et représentations ironiques, outre le fait qu'elles ne se départissent pas de l'imagerie populaire qui représente communément les gouvernants comme des bourgeois cossus, ne peuvent être considérées comme calomnieuses ou simplement injurieuses, malveillantes, médisantes, outrageantes ou déshonorantes'⁴. Par ailleurs, le même Tribunal estima que 'le mot 'conneries' [...] est actuellement entré dans le langage commun sans pouvoir être considéré comme injurieux ou outrageant à l'encontre du fait qu'il vise et *a fortiori* de la personne qui en est l'auteur'. De même, 'les mots 'arrogance', 'irresponsabilité', et 'mégalo manie' [...] ne sont pas injurieux [et] relèvent tout au plus de l'exagération'.

1. P. MARTENS, *o.c.*, p. 155 et p. 173.

2. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 juin 1994, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12473.

3. Civ. Liège (7^e ch.), 12 sept. 2001, *AM*, 2002/2, p. 193.

4. Civ. Nivelles, 12 mars 2002, *AM*, 2003, p. 77.

En jurisprudence française, il a été jugé que le fait de représenter dans une émission satirique un homme politique sous la forme d'une marionnette à l'aspect nettement hitlérien et d'associer ainsi cette personnalité au nazisme constituait un *outrage délibéré intolérable*¹.

Pour illustrer encore, si besoin était, les difficultés d'évaluation et l'inévitable part de subjectivité qu'elle comporte, on rapprochera encore deux affaires mettant en cause le même hebdomadaire satirique *Pan*. Dans l'une, Le Tribunal débouta un conseiller communal qui se plaignait d'avoir été qualifié, tour à tour, dans divers articles, d'illuminé, de comique troupier, de conseiller juridique à la noix, de tête à claques, de clown grandiloquent et procédurier, de fêlure mentale... Aux yeux du Tribunal, les articles litigieux 'ne paraissent *pas outrageants* compte tenu du contexte général et sont conformes à la liberté d'expression du journaliste qui reste libre de présenter ses articles dans la forme qu'il a choisie, fût-elle même agressive et satirique'. Il faut reconnaître que les particularités du contexte – notamment les provocations répétées de la 'victime' – justifient sans l'ombre d'un doute cette appréciation². En revanche, dans une autre affaire, le même Tribunal jugea fautive la qualification de 'ROBESPIERRE aux petits pieds' dont fut affublé un gendarme, estimant que pareille 'assimilation du demandeur au chef de la Terreur dépasse les limites de la critique admissible; que ce qualificatif 'aux petits pieds' a une connotation méprisante; que, si la liberté d'expression comprend le droit de critique pour un journaliste, en l'espèce les termes utilisés par le journaliste dépassent une critique admissible puisqu'ils tendent à déconsidérer le demandeur'³.

b) La confusion

110. Le risque de confusion pour le destinataire des propos humoristiques apparaît comme une seconde limite du droit à l'humour. En principe, il ne saurait y avoir de faute si le bouffon s'exprime dans un contexte tel que le téléspectateur, l'auditeur ou le lecteur ne pouvait raisonnablement pas se méprendre sur la portée de ses propos. A l'inverse, une faute pourrait être retenue si l'on constate un risque de confusion pour le destinataire du message humoristique. En pratique, le juge est amené à apprécier l'impact de la plaisanterie eu égard au comportement d'un téléspectateur, d'un auditeur ou d'un lecteur moyen. Ce mode de raisonnement est couramment utilisé, notamment dans le domaine de la publicité mensongère⁴ ou, en matière de droit d'auteur, dans le cadre de l'exception de caricature, parodie ou pastiche⁵.

Ainsi, le contexte dans lequel s'inscrivent les propos litigieux joue un grand rôle. Les humoristes, les émissions de divertissement... ont pour objectif normal et attendu du public de faire rire, et on ne prend pas pour argent comptant leurs outrances ou les déformations de la vérité auxquelles ils peuvent procéder. A l'inverse, les historiens, les journalistes et tous ceux qui font profession d'informer et prétendent à la confiance du public peuvent plus difficilement se retrancher derrière le genre humoristique pour échapper à toute responsabilité car grand est le risque que leurs propos soient pris au sérieux et induisent en erreur le public. On leur pardonnera donc beaucoup plus difficilement l'approximation, l'irrespect ou le manque d'objectivité⁶.

1. T.G.I. Paris (réf.), 17 sept. 1984, *D.*, 1985, I.R. 16, confirmé par Paris (4^e ch. B), 22 nov. 1984, *D.*, 1985, I.R. 164. Voir aussi Paris, 11 juill. 1988, *D.*, 1988, I.R. 234.

2. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 4 mai 1999, *AM*, 2000/1-2, p. 106.

3. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000/37, p. 1609, *AM*, 2000, p. 102.

4. A ce sujet, parmi d'autres, M. LEROY et B. MOUFFE, *Le droit de la publicité*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, spéc. pp. 390 et s., et les nombreuses références.

5. A ce sujet, voir *supra*, n° 103 et les réf. citées en note.

6. Sur ce critère, voir notamment les réflexions de C. BIGOT, note sous Reims (aud. sol.), 9 févr. 1999, *o.c.*, spéc. p. 1524 et A. CHAVANNE, note sous Cass. fr. (crim.), 22 mars 1996, *J.C.P.*, II, 15067.

111. En jurisprudence française, la célèbre affaire dite des ‘Guignols de l’info’ illustre à merveille l’utilisation du critère de la confusion. Les faits sont connus : les sociétés automobiles Peugeot et Citroën se sont tournées vers la Justice en se plaignant des moqueries presque quotidiennes dont elles s’estimaient victimes dans la fameuse émission de Canal +, qui ne se privait pas de brocarder le PDG Jacques Calvet. Cette affaire a donné lieu à une saga judiciaire qui paraissait interminable. L’on se bornera à rendre compte des tout derniers développements. Le 14 mai 1995, la Cour d’appel de Paris rejetait les prétentions des deux constructeurs automobiles en considérant qu’il ne pouvait y avoir de dénigrement fautif compte tenu de l’invraisemblance des situations décrites dans cette séquence humoristique et satirique, revêtant un *caractère de pure fantaisie non susceptible d’engendrer une quelconque confusion dans l’esprit du téléspectateur*¹.

Cette décision fut cassée par la Cour de cassation dans un arrêt surprenant selon lequel ‘le caractère outrancier, provocateur et renouvelé des propos tenus’ constituait une faute au sens de l’article 1382 du Code civil². La Cour d’appel de renvoi refusa néanmoins de s’incliner. Elle fit valoir, à juste titre, que ‘les phrases prêtées à la marionnette de M. Calvet ne sauraient avoir une quelconque répercussion sur le téléspectateur dans la mesure où elles s’inscrivent dans le contexte grotesque des ‘Guignols de l’info’, qu’en effet, la société Canal +, dans [cette] émission, n’a jamais eu la prétention d’être un magazine automobile ni d’apporter des informations techniques, que ‘le téléspectateur, l’automobiliste moyen comme le fidèle de la marque, ne pouvait être abusé, dans le cadre de cette émission parodique, par l’excès des propos attribués à la marionnette censée représenter M. Calvet’. En conséquence, la Cour d’estimer ‘qu’il n’existe *aucun risque de confusion* entre la réalité et l’œuvre caricaturale et satirique créée par ‘Les Guignols de l’info’, œuvre protégée par l’article 10 de la Convention EDH’ de sorte que la société Canal+ ne saurait voir sa responsabilité engagée par l’émission litigieuse.

On ne pouvait mieux juger, à notre avis. Tout autre est la situation d’un organe de presse qui poursuit un but d’information, fût-ce sous une forme satirique.

112. Comme l’attestent plusieurs décisions judiciaires, dès lors qu’un journal satirique fait état de faits précis, il est logé à la même enseigne que les autres organes de presse. Ainsi, selon un jugement de la quatorzième chambre du Tribunal civil de Bruxelles, la presse satirique n’est pas autorisée, sous couvert du genre humoristique, ‘à conférer une couleur de vérité à des informations dont la véracité n’est pas vérifiée’. En l’espèce, il était allégué qu’un gendarme avait ‘multiplié les faux dossiers à charge d’hommes politiques, membres de la P.J. ou collègues de diverses B.S.R.’³.

Peuvent être mentionnés dans le même sens, d’autres jugements plus anciens rendus par la même chambre du même Tribunal à propos du même hebdomadaire satirique. On songe ainsi à deux jugements du 22 novembre 1994. Le premier rappelle que ‘tout journal, fût-il à vocation satirique, est tenu à l’obligation de prudence consistant à vérifier l’origine et la véracité de ses informations, avant de publier des faits précis ou des insinuations malveillantes reposant sur de tels faits, de nature à porter atteinte à la réputation de tierces personnes’⁴. En l’espèce, le journal avait fait état d’une procédure judiciaire mettant en cause l’activité professionnelle d’un avocat dont la probité était mise en doute. Le second jugement retient pareillement la responsabilité du journal pour avoir formulé

1. Paris, 14 mars 1995, *D.*, 1996, somm. p. 252, obs. M.-L. IZORCHE, *D.*, 1997, somm. p. 75, note C. BIGOT. Souligné par nous.

2. Cass. fr. (2^e ch. civ.), 2 avril 1997, *D.*, 1997, p. 411, note B. EDELMAN, *J.C.P.*, G, 1998, II, 10010, p. 185, note C. BIGOT.

3. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 mars 1999, précité.

4. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 22 nov. 1994, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12449.

des ‘insinuations manifestement hors de propos’¹. L’hebdomadaire avait insinué, cette fois, qu’un voyage effectué à Rome par le groupe PS de la Chambre, ainsi que des cadeaux qui auraient été offerts aux participants à l’occasion de ce voyage, seraient liés à l’affaire Agusta’.

En conclusion, ‘tant que l’auteur satirique se borne à gloser l’actualité ou à dépeindre des personnes réelles, avec humour ou dérision, en soulignant le comique de situation, mais dans des formes telles que ces propos ne peuvent pas être légitimement tenus pour une information fiable et sérieuse, il demeure irréprochable. En revanche, dès l’instant où il peut apparaître qu’il poursuit un authentique but d’information, s’il rapporte des faits précis insuffisamment vérifiés et porte ainsi préjudice à la personne visée, il commet une faute et engage sa responsabilité’². Les journaux satiriques y seront particulièrement attentifs dans la mesure où ils prétendent incontestablement exercer une mission d’information.

c) L’atteinte à la dignité humaine

113. Le concept de dignité humaine est parfois utilisé pour condamner certains abus de la liberté d’expression commis sous couvert du genre humoristique ou satirique³.

En matière audiovisuelle, cette limite est expressément consacrée par des dispositions légales. On songe, en Belgique, au décret du 17 juillet 1987 sur l’audiovisuel qui interdit de diffuser des émissions et de la publicité portant atteinte, notamment, à la dignité humaine (art. 24^{quater}, 26, § 4, et 27), et, en France, à l’article 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dont il résulte que l’exercice de la liberté de la communication audiovisuelle peut être limité, notamment, ‘par le respect de la dignité de la personne humaine’ (art. 1^{er}, al. 2).

Nonobstant l’existence des dispositions précitées du décret de 1987, la justice belge a fait droit à la demande de la société d’intérim *Adecco*, en ordonnant à la R.T.B.F., sous astreinte, de diffuser sur ses antennes le spot publicitaire intitulé ‘Strip-tease’. Suite à diverses plaintes, la R.T.B.F. avait décidé de cesser la diffusion du spot litigieux, en considérant qu’il violait l’article 24^{quater} du décret du 17 juillet 1987 sur l’audiovisuel. Le juge des référés refusa de suivre le défendeur dans son argumentation, estimant qu’‘il peut difficilement être soutenu que ledit spot ‘strip-tease’ aille jusqu’à porter atteinte au respect de la dignité humaine, ce qui est tout de même peu concevable s’agissant d’un sketch humoristique traitant avec dérision, et sans voyeurisme excessif ou intolérable dans la société belge d’aujourd’hui, des tentatives d’un candidat patron pour convaincre une candidate à signer un contrat d’emploi’⁴.

En revanche, le Tribunal de grande instance de Nanterre a eu récemment l’occasion de faire appel à la notion de dignité humaine pour sanctionner des propos particulièrement désagréables. A la demande de l’association des personnes de petite taille, il a pris soin de rappeler que ‘s’il est exact que [le genre humoristique] obéit au principe de tolérance qui régit la liberté d’expression, ce ne peut être que dans les limites du respect de la personne humaine et de sa dignité élémentaire’, avant de juger qu’‘en assimilant les nains à de la nourriture et au règne animal, l’esprit de dérision qui animait [le défendeur] l’a conduit à dénier l’humanité même de ses victimes, suscitant le rire aux dépens de leur handicap physique irréversible, de leur souffrance quotidienne, de leur profonde faiblesse; il

1. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 22 nov. 1994, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12450.

2. E. MONTERO, ‘La responsabilité civile des médias’, *o.c.*, p. 122.

3. Cf. les décisions françaises citées par C. BIGOT, note sous Cass. fr. (2^e ch. civ.), 2 avril 1997, *J.C.P.*, G, 1998, II, 10010, p. 188.

4. Civ. Bruxelles (réf.), 25 janv. 2001, *Journ. proc.*, 2001, n° 409, p. 23, et la note critique de François OST et François TULKENS, ‘Un ‘striptease’ (in)évitable?’.

a ainsi indubitablement porté atteinte au respect de la dignité des personnes de petite taille et a commis un abus de la liberté d'expression; en diffusant ces propos fautifs, Canal+ a engagé sa responsabilité¹.

114. Notons que, même si le jugement fait référence à la notion de dignité humaine déposée dans l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi de 1986, c'est en réalité l'article 1382 du Code civil qui fonde la solution. Cette référence est néanmoins intéressante en ce qu'elle est la manifestation d'un courant doctrinal et jurisprudentiel tendant à ériger la dignité humaine en concept opératoire sur le plan juridique². Il est permis de penser qu'en l'absence même de disposition légale particulière, rien n'empêche de retenir la responsabilité d'un média – qu'il soit écrit ou électronique – par référence à la limite de la dignité humaine.

Des décisions de jurisprudence peuvent d'ailleurs être citées en ce sens. On relève, à titre d'exemple, qu'un hebdomadaire satirique a été condamné, au nom de ce principe, pour avoir qualifié une candidate d'extrême droite aux élections de 'chienne de Buchenwald'³.

Dans le même ordre d'idées, on versera encore au dossier un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mai 1996: 'En imposant au regard, en des lieux de passage public forcé ou dans certains organes de presse, l'image fractionnée et tatouée du corps humain [marquée des mots HIV], les sociétés appelantes ont utilisé une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière implacable en leur chair et en leur être, de nature à provoquer à leur détriment un phénomène de rejet ou de l'accentuer; (...) elles ont de la sorte abusé de leur liberté d'expression, ce dont elles doivent répondre à l'égard des intimés (...)'⁴.

115. Le genre humoristique et satirique n'autoriserait pas davantage l'atteinte flagrante aux sentiments humains. Il s'agit là d'un aspect de la protection de la dignité humaine. Ainsi, la caricature de soldats prisonniers des milices serbes, qualifiés d'assassins (!), a été jugée indécente et intolérable au motif qu'elle tourne en dérision une situation d'angoisse pour les familles de ces pilotes. Dans une autre affaire, il a été jugé que l'évocation, sous couvert de plaisanterie, de la mort tragique d'un enfant dépasse l'indélicatesse que l'humour amène à tolérer et heurte les sentiments des parents⁵.

1. T.G.I. Nanterre (1^{re} ch., A), 20 sept. 2000, *Communication – Commerce électronique*, 2000, p. 29, note A. LEPAGE.

2. J. FIERENS, 'La dignité humaine comme concept juridique', *J.T.*, 2002, p. 577, spéc. pp. 578-580 et les réf. citées.

3. T.G.I. Paris (17^e ch.), 11 janv. 1996, cité par C. BIGOT, note sous Cass. fr. (2^e ch. civ.), 2 avril 1997, *o.c.*, p. 188.

4. Paris (1^{re} ch., A), 28 mai 1996, *D.S.*, 1996, p. 617, note B. EDELMAN.

5. Décisions citées et commentées par C. BIGOT, note sous Cass. fr. (2^e ch. civ.), 2 avril 1997, *J.C.P.*, G, 1998, II, 10010, p. 188.

B. LES ATTEINTES À LA VIE PRIVÉE ET À L'IMAGE

116. Il ne saurait être question de livrer ici une étude en profondeur sur les notions de vie privée¹ ou de droit à l'image². On se borne à relever les décisions de la jurisprudence belge – avec quelques incursions en droit français – dans lesquelles le juge s'est fondé sur la violation du droit au respect de la vie privée (1) ou du droit à l'image (2) pour justifier la mise en cause de la responsabilité civile des médias. A cet égard, il faut relever que les violations de la vie privée au sens strict ou du droit à l'image seront souvent combinées avec d'autres griefs tels que l'atteinte à l'honneur et la réputation, la présomption d'innocence, etc.³.

1. Les atteintes à la vie privée

a) Éléments constitutifs de la vie privée

117. Est en principe soumise à autorisation toute divulgation des éléments relevant de la vie familiale ou professionnelle, des orientations sexuelles, des convictions religieuses, des questions de santé ou de patrimoine. A défaut, et sous réserve de ce qui sera dit au point suivant (*infra*, n^{os} 125 et s.), la responsabilité du journaliste pourra être engagée.

118. Les atteintes à la vie privée concerneront bien souvent les membres de la *famille* – conjoint, ascendant, descendant – et les informations se cristalliseront sur certains événements qui les affectent, tantôt heureux – mariages, fiançailles, naissances – tantôt tragiques – deuils, divorces⁴. Les juges ont rappelé que la liberté d'expression n'est pas absolue et s'arrête là où commence l'obligation de

1. Sur ce thème voir notamment L. MARTIN, 'Le secret de la vie privée', *Rev. trim. dr. civ.*, 1959, pp. 227 et s.; J. VELU, *Le droit au respect de la vie privée*, Namur, Presses universitaires de Namur, 1974; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les personnes*, vol. 1, 4^e éd. par J.-P. MASSON, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 52 et s., n^{os} 41 et s.; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1990; F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?* (avec les contributions de Y. POULLET, T. LÉONARD et X. THUNIS), Travaux de la Faculté de droit de Namur, n^o 17, Bruxelles, Larcier, 1992; R. ERGEC, *Introduction au droit public – Tome II: Les droits et libertés*, Bruxelles, Story-Scientia, 1995, pp. 105-112; O. DE SCHUTTER, 'La vie privée entre droit de la personnalité et liberté', *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 826-863. En matière de presse, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, *Les Nouvelles*, t. V.1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 422 et s., n^{os} 1252 et s.; G. LEROY, 'Vie privée et droit de la presse', *J.T.*, 1978, pp. 717-721; J. MILQUET, 'La responsabilité aquilienne de la presse', *Ann. Dr.*, 1989, pp. 50-75; E. MONTERO, 'La responsabilité civile des médias', in A. STROWEL et F. TULKENS (sous la dir. de), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 114-115; F. JONGEN, 'Chronique de jurisprudence – Droit des médias (1997-1998)', *Journ. proc.*, 1999, n^o 366, pp. 24-25 et n^o 367, pp. 22-25; F. JONGEN, 'Tendances récentes de développement de la responsabilité civile des médias écrits et audiovisuels', in B. DUBUISSON et P. JADOUL (sous la dir. de), *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil*, Publications des F.U.S.L., 2000, pp. 192-197; L. GEENS, 'Presse et vie privée: vraie question de libertés, fausse question de censure...', *Ubiquité*, 1999, pp. 67-90; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, pp. 238 et s., n^{os} 445 et s. Depuis l'article de WARREN et BRANDEIS ('The right to privacy', *Harvard Law Review*, pp. 193-220), définissant le droit à la vie privée comme le droit d'être laissé seul – *the right to be left alone*, les essais n'ont pas manqué: voir p. ex. l'arrêt du 21 décembre 1995 de la Cour d'appel de Bruxelles (*J.T.*, 1996, p. 47) qui la définit comme 'le droit consistant à assurer à l'individu, dont la vie n'est pas consacrée à une activité publique, de se créer la tranquillité sans laquelle le libre développement de sa personnalité serait entravé' (*adde*: Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *AM*, 1998, p. 264).

2. Voir notamment J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Travaux de la Faculté de droit de Namur n^o 13, 1982, pp. 143-314; C. DOUTRELEPONT, 'L'introuvable droit à l'image', *Mélanges offerts à Raymond VANDER ELST*, t. 1, Bruxelles, Némésis, 1986, pp. 223-241; H. DE PAGE, *o.c.*, pp. 64 et s., n^{os} 49 et s.; M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998. En droit anglais, voir W.R. CORNISH, 'Developments in the United Kingdom: Privacy and the press', *AM*, 2002, pp. 334-338.

3. En ce sens, F. JONGEN, 'Droits de l'homme et médias', in *Le point sur les droits de l'homme*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, p. 136; E. DERIEUX, 'Images publiques et droits privés – Arrêts sur images', *Légipresse*, 1999, n^o 162-II, pp. 66 et s.

4. La jurisprudence française est nettement plus riche que la nôtre et l'on renvoie à cet égard aux nombreux exemples cités par S. HOEBEKE et B. MOUFFE (*o.c.*, pp. 246 et s., n^{os} 458 et s.).

respect de la vie privée et familiale des tiers¹. Toute révélation d'éléments relevant de la sphère privée devra par conséquent présenter un intérêt indiscutable pour l'information du public. N'ont pas cette qualité et sont par conséquent fautives les informations relatives aux membres de la famille d'une personne mise en cause dans une affaire judiciaire dès lors qu'elles sont 'sans relation directe ou nécessaire avec les faits relatés' et que leur 'indication ne paraît motivée que par l'appétit du sensationnel'².

Par contre, si ces données relatives au cercle familial sont nécessaires à l'information du public, leur mention ne sera pas fautive. Telle fut le cas dans l'une des affaires qui opposa la juge DOUTRÈWE à un journaliste du *Soir illustré*. En l'occurrence, la magistrate se plaignait que soient révélées dans l'article les inculpations de son mari et de l'un de leurs amis. Il fut décidé qu'il s'agi[ssait] d'informations exactes que la presse peut divulguer parce qu'elles sont nécessaires à l'information du public quant au fonctionnement de la justice et à la personnalité des magistrats qui la rendent; [...] ces informations avaient en outre été diffusées avant le 22 janvier 1997³. Par ailleurs, la Cour d'appel de Bruxelles releva que l'article contenait un amalgame entre la vie privée et la vie professionnelle de la magistrate mais estima que 'l'on ne peut considérer qu'aucun journaliste normalement prudent n'aurait écrit l'article litigieux, ni que celui-ci, aussi déplaisant soit-il, constitue une faute grossière, tellement excessive qu'elle ne se comprend pas d'une personne raisonnable'⁴.

119. La protection dont jouissent les individus relativement à leur sphère privée s'étend aussi aux documents qui cristallisent cette intimité et permettent ainsi de révéler des éléments qui ressortissent indéniablement de la vie privée. Cette conclusion s'autorise de la décision rendue dans le cadre d'une autre procédure impliquant la juge d'instruction et qui l'opposa cette fois à un journaliste du magazine *Ciné-Télé-Revue*. Celui-ci avait obtenu – 'grâce à un vent très favorable', selon ses propres dires – et publié les notes préparées par Martine DOUTRÈWE avant son passage devant la commission d'enquête⁵. Le juge du fond considéra que 'la publication litigieuse revêt[ait] un caractère fautif parce qu'elle port[ait] atteinte au droit au respect de la vie privée, indépendamment de la manière dont le défendeur [était] entré en possession de ces notes'⁶ et rappela que 'le journaliste n'est pas fondé à invoquer pour sa justification un but d'information légitime et une intention loyale lorsque son article révèle une intention agressive et la volonté de déconsidérer la personne, celle-ci fût-elle, par sa fonction

1. Civ. Gand (requ. unil.), 28 oct. 1998, *AM*, 1999, p. 100. En ce sens également, Civ. Bruxelles (réf.), 6 nov. 1996, *Journ. proc.*, 1996, n° 316, p. 26.

2. Les informations en question précisaient que la demanderesse vivait avec un membre de l'ambassade du Danemark et qu'elle était 'la maman d'un gendarme dont la coïncidence veut qu'il est particulièrement chargé au palais de justice du transfert des prévenus placés sous mandat d'arrêt' (Civ. Bruxelles, 25 avril 2000, *Journ. proc.*, 2001, n° 406, p. 24).

3. Bruxelles, 5 févr. 1999, *Journ. proc.*, 1999, n° 367, p. 26, note F. JONGEN, *AM*, 1999, p. 274, note F. RINGELHEIM, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13296, note R.O.D., conf. sur ce point Civ. Bruxelles, 16 déc. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 204, *AM*, 1998, p. 260, *Journ. proc.*, 1998, n° 341, p. 24, note F. JONGEN. Dans une autre procédure l'opposant cette fois au magazine *Téléoustique*, cette conclusion fut maintenue (Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1595).

4. Bruxelles, 5 févr. 1999, *Journ. proc.*, 1999, n° 367, p. 26, note F. JONGEN, *AM*, 1999, p. 274, note F. RINGELHEIM, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13296, note R.O.D., réformant sur ce point Civ. Bruxelles, 16 déc. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 204, *AM*, 1998, p. 260, *Journ. proc.*, 1998, n° 341, p. 24, note F. JONGEN. Pour être précis, il faut ajouter que le journaliste avait invoqué l'art. 18 de la loi sur le contrat de travail.

5. Civ. Bruxelles (requ. unil.), 30 janv. 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 317. Sur tierce opposition, cette ordonnance fut confirmée (Civ. Bruxelles (réf.), 5 févr. 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 319, *AM*, 1997, p. 200, note M. HANOTIAU), de même qu'en appel (Bruxelles (réf.), 8 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1046). Au fond, voir Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1602. Un pourvoi en cassation fut introduit contre l'arrêt de la Cour d'appel et la Cour suprême jugea que, sur ce point, le moyen ne pouvait être accueilli (Cass., 29 juin 2000, *Journ. proc.*, 2000, n° 398, p. 24, note F. TULKENS et A. STROWEL, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13473, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, note F. JONGEN).

6. Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1602.

publique et ses prises de position publiques, plus exposée à la critique et à la malignedé publique¹.

120. *La vie et l'orientation sexuelles* d'une personne ressortissent de sa vie privée et sont protégées en tant que telles. Un journaliste révélant l'homosexualité de certains membres d'un groupe de chanteurs s'est ainsi vu condamné à leur payer une somme de 20.000 BEF à titre de dommages-intérêts². Le juge a estimé que chacun pouvait décider de révéler ou non son homosexualité et de se présenter comme hétérosexuel si cela lui convenait mieux: 'une figure médiatique peut sciemment cultiver pour la scène une image totalement différente d'elle dans sa réalité privée'. Commettent dès lors une faute les médias qui rendent publique cette orientation sans le consentement de la personne concernée.

121. Si la révélation des *convictions religieuses* d'une personne doit être condamnée, dans la mesure où elles appartiennent à la sphère de sa vie privée et de sa liberté de pensée et d'opinion, la mise en cause de pratiques religieuses plus suspectes doit être approuvée. S'agissant de l'Eglise de scientologie, il fut décidé que 'c'est à bon droit que les défenseurs ont dénoncé les pratiques illégales organisées sous le couvert de l'Eglise de scientologie et le danger d'y être entraîné insidieusement, même par des adeptes ou sympathisants eux-mêmes de bonne foi, à l'occasion de contacts personnels noués dans des activités extérieures à ladite église. Le droit du public d'être informé de telles pratiques sournaises et manipulatrices est conforme à l'ordre public et ne porte fautivement atteinte ni au droit à la vie privée, ni à la liberté d'opinion religieuse et philosophique qui ne peuvent justifier des activités illégales'³.

Les journalistes veilleront toutefois à vérifier leurs sources et à utiliser un ton mesuré, surtout s'ils imputent des comportements pervers, voire criminels aux personnes en cause. Dans un article sur l'école de sorcellerie Abrasax, les journalistes furent condamnés dès lors qu'ils accusaient certains membres de celle-ci de pratiques sataniques en se fondant sur des sources sans grande fiabilité et en n'opérant pas des recherches plus fouillées (*supra*, n° 92)⁴.

122. Le *droit à l'oubli* fut aussi considéré comme un élément de la vie privée⁵. Il fut défini comme le droit 'qui permet à l'individu dont la vie n'est pas consacrée à une activité publique d'exiger le secret et la tranquillité sans lesquels le libre développement de sa personnalité serait entravé'⁶. Selon A. STROWEL, les conditions et limites de ce droit à l'oubli sont les suivantes⁷. Ce droit ne peut être invoqué par ceux qui, 'par choix délibéré ou par circonstances fortuites'⁸, sont devenus des personnages publics (sur ce point, voir *infra*, n° 125 et s.). Il n'a été reconnu que lorsque les faits rappelés par la presse concernaient le passé judiciaire de la personne. La (re)divulcation doit constituer un fait d'actualité: un journaliste fut ainsi condamné pour avoir rappelé le passé judiciaire d'une personne décédée accidentellement dans la mesure où les circonstances du décès étaient étrangères

1. *Ibid.*, citant Civ. Bruxelles, 14 sept. 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1227.

2. Gand, 12 juin 2001, *AM*, 2001, p. 169, conf. Civ. Gand, 22 nov. 1999, *AM*, 2000, p. 148. Voir aussi D. VOORHOOF, 'Publicatieverbod outing popgroep: privacybescherming of preventieve censuur?', *Mediaforum*, 1997, pp. 132-135; F. RIGAUX, 'Justice et presse: réflexions comparatives', *J.T.*, 1996, p. 42, n° 6.

3. Civ. Nivelles, 29 mars 1996, *De Martynoff, Moes et Uzureau c. RTBF*, R.G. 27406, inédit et sur appel Bruxelles, 14 déc. 1998, inédit, n° 1998/5110, cités par S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, pp. 254-255, n° 469.

4. Civ. Charleroi, 9 déc. 1998, *AM*, 2000, p. 145.

5. Civ. Bruxelles, 20 sept. 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 162, *AM*, 2002, p. 77; Civ. Namur, 17 nov. 1997, *AM*, 1998, p. 269, *J.T.*, 1998, p. 187; Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *AM*, 1998, p. 264.

6. Civ. Namur, 17 nov. 1997, *AM*, 1998, p. 269, *J.T.*, 1998, p. 187.

7. A. STROWEL, 'Liberté de rappeler des faits contre droit au silence: les contretemps de la presse', obs. sous Civ. Namur, 17 nov. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 787-790; voir aussi F. RIGAUX, 'Justice et presse: réflexions comparatives', *J.T.*, 1996, pp. 45-46, n°s 19 et s.

8. Civ. Namur, 17 nov. 1997, *AM*, 1998, p. 269, *J.T.*, 1998, p. 187.

‘aux faits et au contexte de sa condamnation’¹. Dans cette affaire, le juge insista aussi sur le fait que ‘le décès éteint l’action publique, ce qui doit conduire [le journaliste] à ne pas infliger une seconde condamnation, *post mortem*, que ni l’intérêt du lecteur, ni le droit du journaliste ne l’autorisent à prononcer’. A cet égard, les événements de portée historique pourront toujours faire l’objet d’une re-divulgaration. Les juges tiendront aussi compte du laps de temps entre la condamnation et le rappel de celle-ci par la presse: la rediffusion, dans une émission de divertissement, d’images d’archives relatives à une tentative d’évasion d’une prison avec prise d’otage fut jugée contraire au droit à l’oubli dès lors qu’elle intervenait 9 ans après les faits². La possibilité de resocialisation de la personne concernée jouera aussi un rôle dans la pondération des intérêts en présence³.

123. La jurisprudence a aussi reconnu un *droit à l’anonymat*. Certains juges ont ainsi considéré qu’il y avait atteinte au droit à la vie privée et familiale dès lors que l’identité des membres de la famille d’une personne décédée était révélée et que cette divulgation ne présentait pas la moindre utilité⁴. De même, fut reconnu fautif le journaliste qui cita le nom d’une personne, ‘alors que le souci d’informer [...] se conciliait parfaitement avec la suppression du nom’⁵. A côté de cette hypothèse, les magistrats ont aussi sanctionné les journalistes qui, sans donner *expressis verbis* le nom de la personne concernée, permettent néanmoins au public de l’identifier, en fournissant suffisamment d’éléments concordants⁶ ou en masquant maladroitement son visage⁷.

Constituerait aussi une faute ‘le seul fait de citer le nom [d’une personne] dans le cadre de l’affaire la plus médiatisée et la plus révoltante de ces dix dernières années’⁸. En l’occurrence, le demandeur estimait être victime d’une véritable campagne de dénigrement dans les colonnes de *La Libre Belgique* et le Tribunal le suivit dans ses conclusions en considérant que la citation de son nom dans un article ‘était totalement inutile dans le cadre d’une information objective des lecteurs, à propos de l’affaire DUTROUX’.

Par contre, lorsque l’identité d’une personne est révélée lors d’une audience, ne commet pas de faute le journaliste qui reprend cet élément pour illustrer son article⁹.

1. *Ibid.*

2. Civ. Bruxelles, 20 sept. 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 162, *AM*, 2002, p. 77.

3. *Ibid.*

4. Bruxelles, 14 sept. 1999, *AM*, 2000, p. 92

5. Liège, 13 mai 2002, *AM*, 2002, p. 532. En l’occurrence, fut aussi reconnu fautif le fait de citer le nom d’une personne en des termes attentatoires à sa vie privée. En le qualifiant de ‘dégénéré’, le journaliste laissait entendre qu’il avait perdu ‘les qualités naturelles de sa race, que ses cellules vivantes sont altérées et qu’il est ainsi l’objet d’un affaiblissement physique, intellectuel ou moral selon les définitions de ‘dégénérer’ et ‘dégénérescence’ données par tous les dictionnaires de la langue française’.

6. A aussi été jugée fautive la divulgation de certains éléments permettant d’identifier une personne, soupçonnée de trafic de cassettes vidéos pornographiques à caractère pédophile. L’article laissait ainsi entendre que la personne soupçonnée tirait bénéfice de sa profession – il travaillait au service *catering* de la Sabena – pour commettre des infractions. Cette information, par ailleurs inexacte, ne devait pas être révélée ‘dans la mesure où elle n’était pas certaine, où elle n’était pas utile au public et où elle portait atteinte à la présomption d’innocence et à la vie privée de P.’ (Bruxelles, 9 nov. 2001, *J.T.*, 2002, p. 167).

7. Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *AM*, 1998, p. 264. Dans le cadre de la procédure en référé, en appel, une conclusion contraire avait été adoptée par la Cour (Bruxelles (réf.), 21 déc. 1995, *J.T.*, 1996, p. 47).

8. Civ. Bruxelles, 18 déc. 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 433. Notez cependant que cette décision n’est pas définitive.

9. Bruxelles, 3 déc. 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13126. En l’espèce, était en cause un article intitulé ‘*Un traiteur d’Auderghem accusé de proxénétisme. François-Xavier avait loué quelques-uns de ses flats à des prostituées*’. Le traiteur en question utilisait son prénom comme appellation commerciale et estimait que l’article portait atteinte à son droit à la vie privée. La Cour reconnaît que ‘les articles ou comptes rendus d’audience publiés demeurent [...] soumis au principe de la responsabilité éventuelle pour faute, qui doit s’apprécier *in concreto* au regard de ce qui peut être attendu d’un journaliste normalement prudent et avisé’ mais dans la mesure où les faits en question, en rapport avec la gestion par le traiteur de son patrimoine locatif privé sont ‘nécessairement devenus publics, par le fait même des poursuites’, ils n’ont plus rien d’intimes et leur mention ne constitue pas une atteinte à la vie privée. Voir aussi Anvers, 6 mars 1991, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12304.

124. Pour protéger les mineurs impliqués dans des affaires judiciaires, l'article 80 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse¹ dispose que 'la publication et la diffusion du compte rendu des débats des chambres de la jeunesse des cours d'appel et des tribunaux de la jeunesse par le livre, la presse, la cinématographie, la radiophonie, la télévision ou par quelque autre manière sont interdites'.

b) Tempéraments au droit au respect de la vie privée

125. Certaines personnes devront accepter que leur vie privée fasse l'objet de commentaires dans les médias dans la mesure où, par choix ou suite aux événements d'actualité, leur existence intéresse le public et constitue une information que celui-ci est en droit de connaître: 'il y a lieu de distinguer la situation des personnes privées, jouissant d'une protection maximale contre la révélation par la presse des faits relatifs à leur vie privée et celle des personnes qui volontairement ou non, ont acquis une certaine notoriété par leur fonction, leur talent ou en raison de circonstances, telles qu'une inculpation'². Nous distinguerons selon que cette personne devient *sujet* de l'actualité volontairement ou plutôt *objet*, en raison de circonstances particulières³.

126. A l'égard des personnes *sujets* de l'actualité, parce qu'elles exercent une fonction publique, la liberté de la presse est plus large⁴ et le critère du journaliste normalement prudent et diligent s'appréciera différemment: 'celui qui recherche et obtient un mandat politique sait, ou doit savoir, que sa conduite, bien plus que celle d'un particulier, sera mise sur la sellette par les médias'⁵. Cela vaut pour les titulaires de mandats politiques ou administratifs⁶, pour les chefs d'entreprises, pour les artistes...⁷. Mais si elle peut être plus large, la liberté de la presse n'en devient pas pour autant absolue: les faits rapportés doivent être établis et vérifiés et le journaliste doit se garder de tenir des propos calomnieux, injurieux ou outrageants, au risque de voir sa responsabilité engagée⁸. Récemment, il a aussi été jugé 'inacceptable que le nom, le prénom et la photo d'une personne, même si elle appartient au monde politique, soient utilisés sans autorisation préalable à des fins commerciales'⁹.

127. Des personnes privées vont également être placées sous les feux de l'actualité, et en devenir ainsi l'*objet*: les juges ne posent pas un constat différent lorsqu'ils

1. *M.B.*, 15 avril 1965.

2. Civ. Charleroi, 9 déc. 1998, *AM*, 2000, p. 145, reprenant E. MONTERO, *o.c.*, p. 114.

3. La doctrine et la jurisprudence allemandes opèrent cette distinction (F. RIGAUX, obs. sous Bruxelles, 29 juin 1987, *J.T.*, 1987, p. 685).

4. Avec nuance, voir Bruxelles, 7 mars 1953, *J.T.*, 1953, p. 219 qui décide que 'la liberté de la presse comporte le droit d'exprimer des opinions sur l'activité des personnes qui exercent des fonctions publiques et de contrôler leurs actes, de telle manière qu'à l'égard de ces personnes, cette liberté n'est limitée que par l'obligation d'une stricte véracité à l'égard des faits et de leur interprétation et par celle de ne point découvrir la vie privée'.

5. Bruxelles, 25 juin 1986, *J.L.M.B.* Centenaire, 1988, p. 392, note J.-M. VAN DURME.

6. Voir p. ex. Civ. Nivelles, 6 janv. 1998, *AM*, 1998, p. 154 où le juge rappelle qu'à l'égard des personnes exerçant une fonction publique, la liberté d'information reçoit une conception extensive et doit céder le pas devant les exigences de l'information à l'égard de tout ce qui, chez l'homme politique, peut justifier ou détruire la confiance de l'électeur, ou du moins, de tout ce qui peut être d'intérêt public pour le citoyen' et que 'la presse a le droit d'émettre des critiques, de juger, d'apprécier les actes, les opinions, les tendances de ceux qui participent à la gestion des affaires publiques'. Voir aussi Civ. Bruxelles, 9 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 909, obs. F. JONGEN.

7. 'Un artiste du 'show business' s'expose volontairement aux regards et commentaires du public et recherche sciemment le statut de personnage public; [...] sa célébrité dépend pour une part importante de l'écho que les médias donnent à ses faits et gestes réels ou inventés' (Civ. Liège, 28 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 264, note F. JONGEN).

8. Voir not. Civ. Nivelles, 6 janv. 1998, *AM*, 1998, p. 154; Civ. Bruxelles, 22 nov. 1994, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12450; Civ. Bruxelles, 13 sept. 1994, *J.T.*, 1995, p. 10; Civ. Bruxelles, 28 déc. 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 673; Civ. Bruxelles, 14 sept. 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1220.

9. Civ. Anvers (réf.), 22 mai 2001, *AM*, 2002, p. 170.

affirment que ‘la conception actuelle plutôt extensive du droit à l’information oblige certaines catégories de personnes à être plus exposées que d’autres aux révélations concernant leur vie privée, comme notamment les particuliers mêlés de près ou de loin à un événement public dans le champ de l’actualité et les personnes impliquées dans des affaires judiciaires’¹. Dans ce dernier cas, la jurisprudence a rappelé le principe de la publicité des audiences des cours et tribunaux. Ne commet donc pas de faute le journaliste qui publie l’identité d’une personne à qui on reproche certaines infractions dans la gestion de son patrimoine locatif privé dans la mesure où ces faits, ‘nécessairement devenus publics par le fait même des poursuites, [...] n’ont [...] rien d’intime’².

Comme chaque fois, tout est une question de nuance et de balance entre les droits et libertés en présence et le juge devra se référer à un critère de nécessité³. Comme le rappelle le Tribunal de première instance de Charleroi, même si des personnes, en raison de leur médiatisation, ont acquis une certaine notoriété, et si ‘l’immunité de leur vie privée doit céder le pas devant l’exigence de l’information, il n’en reste pas moins que les journalistes se doivent de donner au public des renseignements exacts, relativement objectifs et complets’⁴. Dans l’affaire mettant en cause la juge d’instruction DOUTRÈWE, le Tribunal a rappelé que ‘les nécessités de l’information permettent aux journalistes de révéler des éléments relatifs à la vie privée des individus momentanément mêlés à un événement public pour autant que la révélation puisse être intéressante pour le public; dans ce cas, la publication ne peut être considérée comme fautive pour autant que les éléments divulgués ne soient pas superflus et qu’ils aient un lien direct avec l’événement relaté’⁵. En pondérant les intérêts en présence, le juge appréciera aussi l’attitude de la personne concernée. Ainsi, s’agissant d’un psychiatre qui avait pris publiquement position sur l’affaire DUTROUX lors de débats télévisés et se plaignant par la suite de certains articles publiés dans la presse, le Tribunal de première instance de Bruxelles⁶ a rappelé qu’‘en prenant publiquement position dans un débat sur un dossier aussi sensible que celui des enfants disparus et dans le climat passionnel né de l’affaire DUTROUX, [le médecin en question] s’exposait volontairement aux conséquences d’une telle attitude’. Le Tribunal ajoute fort justement qu’en ‘recherchant la publicité et la médiatisation de sa cause et de son action, [il] est mal fondé à se plaindre des retombées personnelles, éventuellement désagréables, que cette recherche a pu entraîner’.

128. On relève, enfin, que le caractère autobiographique d’une œuvre n’autorise pas l’auteur à porter atteinte à la vie privée de certaines personnes citées: on ne peut admettre une restriction au respect de la vie privée dans ce cadre. S’il est vrai que des tiers peuvent être mentionnées dans le récit, un devoir particulier de prudence s’impose: ‘en aucun cas, l’évocation de tierces personnes ne doit contenir des révélations qui excèdent ce qui est nécessaire pour la compréhension de la vie privée de l’auteur, qui doit rester au centre du récit’⁷.

1. Civ. Bruxelles, 16 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 282; Liège, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 9.

2. Bruxelles, 3 déc. 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13126.

3. Voir p. ex. Civ. Bruxelles, 30 sept. 2002, *AM*, 2002, p. 537. En révélant des informations relatives à la vie familiale et sexuelle d’une personne victime d’abus sexuels et en prêtant aux parents de cette personne des sentiments supposés, l’auteur a excédé ‘ce qui est nécessaire au public pour la compréhension du fait d’actualité qu’elle évoque’.

4. Civ. Charleroi, 9 déc. 1998, *AM*, 1999, p. 145.

5. Civ. Bruxelles, 16 déc. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 204, *AM*, 1998, p. 260, *Journ. proc.*, 1998, n° 341, p. 24, note F. JONGEN; voir aussi J. MILQUET, ‘La responsabilité aquilienne de la presse’, *Ann. Dr.*, 1989, p. 70. En appel, la cour estime ‘qu’il s’agit d’informations exactes que la presse peut divulguer parce qu’elles sont nécessaires à l’information du public quant au fonctionnement de la justice et à la personnalité des magistrats qui la rendent; que ces informations avaient en outre été diffusées avant le 22 janvier 1997’ (Bruxelles, 5 févr. 1999, *Journ. proc.*, n° 367, 1999, p. 26, note F. JONGEN, *AM*, 1999, p. 274, note F. RINGELHEIM, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13296, note R.O.D.).

6. Civ. Bruxelles, 21 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1625.

7. Civ. Bruxelles, 30 sept. 2002, *AM*, 2002, p. 541.

2. Les atteintes au droit à l'image

a) Autorisation préalable

129. Si l'image d'un sujet est fixée, publiée ou reproduite sans son consentement, celui-ci pourra postuler l'allocation de dommages-intérêts¹ en réparation de la faute civile ainsi commise².

130. La plupart du temps³, le droit à l'image se fonde sur le droit à la protection de la vie privée⁴ ou sur l'article 10 de la loi sur le droit d'auteur⁵, dont il résulte que 'ni l'auteur, ni le propriétaire d'un portrait, ni tout autre possesseur ou détenteur d'un portrait n'a le droit de le reproduire ou de le communiquer au public sans l'assentiment de la personne représentée ou celui de ses ayants droit pendant vingt ans à partir de son décès'. Cette dernière disposition n'est pas sans poser certains problèmes d'interprétation. Il semble, en effet, qu'elle ne s'applique pas aux photos de foule ou d'événements d'actualité, mais uniquement à la peinture et à la photographie, à condition qu'il s'agisse du portrait d'une personne précise⁶. Cette position doit être nuancée: les personnes figurant sur des photos d'actualité devraient aussi pouvoir invoquer l'article 10 si l'objectif était de les représenter spécifiquement⁷. L'application de l'article aux œuvres audiovisuelles suscite aussi la controverse⁸.

Dans un litige opposant la juge d'instruction DOUTRÈWE à un journaliste pour un article publié dans le *Soir illustré* et représentant ladite magistrate en maillot de bain au bord d'une piscine, la Cour d'appel de Bruxelles⁹ a combiné les deux approches. Elle considère en effet qu'il y a violation du droit à l'image dans la mesure où, contrairement au prescrit de l'article 10, 'Martine DOUTRÈWE n'a jamais, ni expressément, ni tacitement, donné son autorisation à la publication de cette photo'. Elle estime en outre qu'il y a atteinte à la vie privée dès lors que la publication de la photo n'est pas justifiée par les exigences de l'information, mais uniquement par la recherche du sensationnel, 'dans le but d'appâter le public, à des fins strictement commerciales'. La photo était censée illustrer l'article qui tendait à mettre en évidence les liens que Martine DOUTRÈWE entretenait avec Jacques SCHEVENELS et Guy WOLF – son mari –, tous deux inculpés. Mais, comme le relève la Cour, 'la photo établit uniquement que Martine DOUTRÈWE s'est trouvée à un moment de son existence en maillot de bain au bord d'une piscine, dans un pays à végétation méditerranéenne: que la photo ne démontre

1. Signalons également que l'on ne peut invoquer les règles de la responsabilité en cascade (art. 25, al. 2 Const.) dans la mesure où la jurisprudence majoritaire considère qu'une photo ne constitue pas un écrit qui est l'expression d'un sentiment, d'une opinion ou d'une idée (Voir not. Gand, 29 juin 1998, *AM*, 1999, p. 87).

2. M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 124 et s., n^{os} 171 et s. Voir p. ex. Civ. Bruxelles, 20 sept. 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 162, *AM*, 2002, p. 77 où, s'agissant d'un reportage sur un prévenu condamné pour une prise d'otage neuf ans plus tôt, l'autorité pénitentiaire a méconnu les droits d'un détenu, y compris son droit à l'image, en autorisant des prises de vues à l'intérieur de la prison sans son accord et sans rendre impossible son identification.

3. D'autres fondements ont parfois été invoqués, tels le droit de propriété, la responsabilité aquilienne (sur ce point, voir M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *o.c.*, pp. 13 et s., n^{os} 5 et s.; C. DOUTRELEPONT, 'L'introuvable droit à l'image', *Mélanges offerts à Raymond VANDER ELST*, t. 1, Bruxelles, Némésis, pp. 223-241).

4. En ce sens, Civ. Bruxelles (réf.), 6 nov. 1996, *Journ. proc.*, 1996, n^o 316, p. 26; Bruxelles (réf.), 21 déc. 1995, *J.T.*, 1996, p. 47.

5. Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juill. 1994.

6. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1997, p. 107, n^o 73.

7. M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *o.c.*, p. 101, n^o 34 et s.; B. VINÇOTTE, 'Droit d'auteur et comptes-rendus d'actualité', note sous Bruxelles, 21 sept. 1994, *R.G.D.C.*, 1996, pp. 38-47.

8. Sont favorables à son application aux œuvres audiovisuelles M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *o.c.*, pp. 33 et s., n^{os} 32 et s. de même que Bruxelles, 27 juin 1997, *I.R.-D.I.*, 1997, p. 270, *J.L.M.B.*, 1998, p. 768, note F. JONGEN; Bruxelles (réf.), 21 déc. 1995, *J.T.*, 1996, p. 47. Dans cette dernière affaire mais devant le juge du fond, la thèse contraire prévalut néanmoins (Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *AM*, 1998, p. 268; *adde*: Civ. Bruxelles (réf.), 6 nov. 1996, *Journ. proc.*, 1996, n^o 316, p. 26).

9. Bruxelles, 5 févr. 1999, *Journ. proc.*, n^o 367, 1999, p. 26, note F. JONGEN, *AM*, 1999, p. 274, note F. RINGELHEIM, *R.G.A.R.*, 2000, n^o 13296, note R.O.D.

nullement au lecteur du *Soir illustré*, qui en principe ne connaît pas la propriété de la famille Schevenels, que c'est dans cette propriété que la photo a été prise, ni, *a fortiori* qu'elle a été prise en 1993, ce qui est d'ailleurs contesté par Martine DOUTRÈWE¹.

131. L'autorisation donnée par le sujet peut être expresse ou tacite. Dans ce dernier cas, elle pourra être établie sur la base d'un faisceau d'indices¹. Tout sera alors fonction du cas d'espèce et de l'interprétation des faits par le juge. Dans une affaire, il fut ainsi décidé que si une personne a accepté de se laisser filmer par des journalistes de la R.T.B.F., elle pourra difficilement refuser la diffusion du reportage, prétendant qu'elle croyait participer à un film d'entreprise². Ceci étant, qu'elle soit expresse ou tacite, l'autorisation devra être certaine. Tel ne sera pas le cas lorsque la personne en cause était sous les feux de l'actualité en raison de son passage, quatre ans avant la diffusion, devant la cour d'assises et même si elle ne s'opposa pas aux caméras pour ne pas 'se montrer agressif'³. N'oublions pas non plus que la charge de la preuve du consentement repose sur celui qui veut reproduire le portrait ou le communiquer au public. Si la personne ne réagit pas immédiatement, il ne peut en être déduit qu'*ipso facto*, elle consentait⁴.

132. L'autorisation est donnée pour la publication dans un contexte déterminé: le photographe ne peut 'disposer des clichés à toutes fins'. Est ainsi fautive la publication de la photo d'un médecin radiologue, prise lors de l'inauguration de l'hôpital des enfants 'Reine Fabiola', et réutilisée deux ans plus tard pour illustrer un article relatant le malaise général dans le monde des infirmières⁵. De même, tranchant un contentieux opposant Sophie FAVIER au journal *Télémoustique* qui publiait certaines photos d'un film qu'elle avait tourné naguère, le Tribunal estima que 'si Sophie FAVIER a incontestablement donné son accord au tournage du film vidéo, elle n'a pas donné cet accord à tout autre usage de celui-ci, à savoir la publication par la [revue en question] d'extraits de ce film à l'appui d'un article écrit dix ans plus tard'⁶.

133. Mais dès lors qu'il est donné, le consentement ne peut être retiré sans raison valable. Ne peut ainsi s'opposer à la diffusion télévisée de son image quiconque apparaît sur le film dans le cadre d'une action qu'il mène publiquement et dont il a recherché la médiatisation, en se laissant filmer ou en accordant des interviews. Il fut jugé que l'assentiment – tacitement donné du fait des circonstances – ne pouvait pas être retiré *a posteriori* sous prétexte que le résultat final n'était pas du goût de la personne représentée⁷. De même, lorsqu'un modèle photo professionnel prend part à un reportage télévisé et donne son autorisation, il n'est pas en droit

1. M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *o.c.*, pp. 80 et s., n^{os} 94 et s.

2. Civ. Bruxelles (réf.), 6 nov. 1996, *Journ. proc.*, 1996, n^o 316, p. 26.

3. Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *AM*, 1998, p. 268. Voir aussi Bruxelles, 14 sept. 1999, *AM*, 2000, p. 92 où, se fondant sur l'article 10 de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur, la Cour a estimé que 'la diffusion par les survivants, lors de l'inhumation, d'une photographie du défunt parmi les personnes présentes aux funérailles, ne constitue pas implicitement l'autorisation pour un éditeur ou un journaliste de diffuser ultérieurement cette image par voie de la presse'.

4. Anvers, 25 oct. 1999, *R.G.D.C.*, 2002, p. 122.

5. Bruxelles, 18 oct. 2001, *AM*, 2002, p. 167, conf. Civ. Bruxelles, 27 nov. 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1001, note F. JONGEN. Une décision semblable avait été rendue dans une affaire où un jeune médecin se plaignait de la publication d'une photo prise quelques années plus tôt et utilisée en l'espèce dans un contexte différent pour illustrer les difficultés rencontrées par les jeunes médecins généralistes (Civ. Bruxelles, 16 déc. 1987, *J.T.*, 1988, p. 500, conf. en appel par Bruxelles, 8 nov. 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n^o 11906).

6. Civ. Bruxelles, 20 févr. 1996, *AM*, 1998, p. 259. Voir aussi Civ. Bruxelles, 12 oct. 1988, *R.G.D.C.*, 1990, p. 250; Civ. Malines, 29 mars 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 62; A.R. BERTRAND, 'Regard critique sur l'affaire Lynda Lacoste: oui, la diffusion de photos de nus peut être justifiée par le droit à l'information', *Légipresse*, n^o 169-II, p. 31.

7. Civ. Bruxelles (réf.), 13 déc. 2001, *AM*, 2002, p. 189.

par la suite de retirer son autorisation sans motif valable. Qu'il ait donné son assentiment n'implique pas en effet pas qu'il puisse intervenir dans le montage ultérieur de l'émission par le producteur ou soit en droit d'exprimer des critiques sur la présence dans le reportage d'autres personnes présentées comme *cover-girl*¹.

134. S'agissant des mineurs, la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse² prévoit en son article 80 que 'la publication et la diffusion [du compte-rendu des débats des chambres de la jeunesse des cours d'appel et des tribunaux de la jeunesse], de textes, dessins, photographies ou images de nature à révéler l'identité des mineurs poursuivis ou faisant l'objet d'une mesure prévue aux articles 37³, 38⁴, 39⁵, 40⁶ et 43⁷ sont également interdites'⁸.

b) Exceptions

135. Dans certaines hypothèses, nonobstant l'absence de consentement, on admet que la publication ou la reproduction de l'image d'une personne ne constitue pas une faute, spécialement lorsque celle-ci exerce une fonction publique ou est impliquée dans un événement d'actualité.

136. Souvent, on présumera que les personnes représentées, en raison des circonstances, ont donné leur consentement. En se plaçant volontairement sous les feux de l'actualité, pour satisfaire des ambitions politiques ou à des fins économiques, elles prennent le risque de voir leur photo diffusée, les représentant le cas échéant dans des activités non officielles. Comme l'a affirmé le Tribunal de première instance de Bruges, 'il est généralement accepté que 'les personnes publiques', tels les politiciens, les artistes ou les sportifs, donnent tacitement l'autorisation de publier leur image, car il est pratiquement exclu que la presse, quand elle a l'intention de publier l'image d'une telle personne, soit chaque fois contrainte de demander l'autorisation expresse de la personne visée'⁹.

Mais encore faut-il qu'une telle publication présente un lien avec leurs fonctions ou les raisons pour lesquelles ils sont connus du public¹⁰. N'entre pas dans cette catégorie la photo d'un homme politique utilisée dans une campagne de publicité, à des fins commerciales et sans son autorisation¹¹. On en revient une fois encore à cet équilibre à préserver entre le droit à l'information du public et le droit à l'image et à la vie privée de la personne publique. Certaines photos ou images n'apporteront en effet aucun élément d'information au public et devront par conséquent être sanctionnées. Tout dépendra de la notoriété de la personne concernée, des circonstances dans lesquelles la photo est prise, du moment où

1. Civ. Bruxelles (réf.), 15 nov. 2001, *AM*, 2002, p. 187.

2. *M.B.*, 15 avril 1965.

3. Mesures de garde, de préservation et d'éducation.

4. Renvoi de l'affaire au Ministère public aux fins de poursuites devant la juridiction compétente en vertu du droit commun.

5. Mineur mis à la disposition du gouvernement jusqu'à sa majorité.

6. Abrogé.

7. Adoption de mesures de protection prévues par la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux.

8. Pour une application de cette disposition, voir Cass., 23 nov. 1999, *AM*, 1999, p. 83. En appel, voir Gand, 29 juin, *AM*, 1999, p. 87, conf. Corr. Bruges, 12 mai 1997, *AM*, 1997, p. 409.

9. Civ. Bruges, 27 juin 1994, *R.W.*, 1994-1995, col. 473; D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX: censure illicite ou mesure nécessaire?', note sous Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 259; D. VOORHOOF, 'Het recht op afbeelding op de tocht?', note sous Anvers, 19 déc. 1995, *AM*, 1996, pp. 361-362.

10. M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *o.c.*, p. 90, n° 111.

11. Civ. Anvers (réf.), 22 mai 2001, *AM*, 2002, p. 170.

elle sera publiée, etc. Sous réserve de la caricature¹, les images portant atteinte à l'honneur de ces personnes devront aussi être écartées: on peut difficilement présumer qu'elles auraient autorisé la publication d'une image les déshonorant complètement ou s'immisçant dans leur intimité².

137. Parfois, l'actualité va également pousser sur le devant de la scène médiatique des particuliers. Ici encore, on pourra présumer leur autorisation, à condition bien entendu que la publication soit en relation avec les circonstances qui les ont fait connaître et que les journalistes n'invoquent pas abusivement le droit à l'information. On peut rappeler à cet égard l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles³ dans la procédure impliquant Martine DOUTRÈWE et qui sanctionna, en l'absence de consentement, la publication d'une photo de sa vie privée, tout en remarquant que si la photo avait été prise dans l'exercice de ses fonctions – par exemple à l'occasion de son audition par la commission d'enquête parlementaire –, une autorisation n'aurait pas été nécessaire.

Dans une affaire où les familles RUSSO et LEJEUNE s'opposaient à la publication de la photo de Julie et Mélissa, la Cour d'appel d'Anvers statuant en référé⁴ refusa de leur donner raison sur la base de quatre arguments⁵: (1) le droit à l'information du public⁶, (2) le caractère symbolique et historique pour la population de la représentation des enfants, (3) l'absence de connotation négative ou déshonorante accompagnant l'image et (4) l'inexistence de récupération politique. Ce faisant, la Cour se montre plus nuancée que le Tribunal de première instance de Bruxelles qui, toujours dans le cadre du référé, avait interdit la publication de brochures du Vlaams Block illustrée de photos des enfants disparus au motif qu'"une image ou une photo d'une personne ne peuvent en aucun cas être utilisées et/ou distribuées par un tiers sans l'autorisation expresse de cette personne"⁷. La circonstance que ce tiers était un parti politique, qui plus est d'extrême droite, fut sans aucun doute un élément de motivation important.

138. Si, pour photographier un lieu public, le consentement de toutes les personnes présentes ne doit pas être obtenu – l'inverse serait d'ailleurs difficilement réalisable –, il en va différemment lorsque l'objectif de la photographie est de

1. On considère en effet qu'en s'exposant volontairement à la critique du fait de leur fonction publique, ils prennent le risque de voir leur portrait modifié et l'assument en conséquence. Mais ici encore, même si l'humour est admis, des limites ne doivent pas être franchies, notamment lorsque l'image ainsi obtenue présente un caractère odieux ou se confond purement et simplement avec de la méchanceté gratuite (M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *o.c.*, pp. 90-91, n° 112).

2. On citera l'arrêt rendu en référé par la Cour d'appel de Paris qui condamne un fournisseur d'hébergement d'un site web au paiement d'un dédommagement de 300.000 FF, en plus de la publication de la décision pour avoir diffusé des photographies strictement privées du mannequin français Estelle ex-HALLYDAY, la représentant dénudée (Paris (réf.), 10 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 239, note B. MICHAUX).

3. Bruxelles, 5 févr. 1999, *Journ. proc.*, n° 367, 1999, p. 26, note F. JONGEN, *AM*, 1999, p. 274, note F. RINGELHEIM, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13296, note R.O.D. Déjà en première instance, dans cette même affaire, le juge avait décidé qu'"une personne ne pourra s'opposer à la reproduction de ses traits chaque fois que la scène qui la représente s'intègre dans l'actualité; que les personnes connues du public comme les hommes politiques ou les vedettes sportives sont des supports permanents de l'actualité et que le domaine de leur vie privée s'en trouve rétréci d'autant, [mais] il n'en va pas de même pour la [magistrate] qui est entrée dans l'actualité de par sa fonction et particulièrement de par un dossier qu'elle a eu à instruire". En effet, elle "n'est pas pour autant devenue un personnage public [...] et si les journalistes peuvent révéler des éléments relatifs à la vie privée des individus qui [...] accèdent momentanément à l'actualité, il va de soi que ces éléments ne doivent pas être superflus et doivent être nécessaires au besoin de l'information" (Civ. Bruxelles, 16 déc. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 204, *AM*, 1998, p. 260, *Journ. proc.*, 1998, n° 341, p. 24, note F. JONGEN).

4. Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 241, note D. VOORHOOF.

5. D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX: censure illicite ou mesure nécessaire?', note sous Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 259.

6. La Cour estime à cet égard que "dans le cadre de l'exercice du droit à l'image, il y a lieu de tenir compte du droit à l'information du public, lequel naît lorsque l'actualité franchit le domaine privé et devient une question d'intérêt général; dans ces circonstances, le droit de la personnalité à l'image cesse dans une certaine mesure d'appartenir à son titulaire original pour devenir l'objet d'un droit à l'information du public".

7. Civ. Bruxelles (réf.), 23 oct. 1998, *AM*, 1999, p. 100.

représenter l'une ou l'autre personne déterminées et reconnaissables, le lieu public ne constituant que le cadre de la prise de vue¹. Ainsi, dans l'affaire dite des 'amants diaboliques'², la publication par le *Soir illustré* d'une photo de mariage montrant Frédérique MARTIN fut déclarée fautive: 'le fait que la photo ait été prise dans un lieu public (la salle des mariages de la maison communale) importe peu; il s'agit évidemment d'une photo prise dans un contexte privé, de fête familiale et non d'une photo de foule. Par ailleurs, il ne s'agit pas d'une photo d'actualité mais d'une photo utilisée pour illustrer une actualité, actualité créée par les [éditeurs du journal]. Les concepts sont assez différents. La photo, destinée à illustrer les propos tenus à l'égard de Frédérique MARTIN a donc été utilisée fautivement sans son consentement'³.

139. Dans tous les cas, on doit admettre que la personne représentée puisse s'opposer à la diffusion de son image. Son droit à l'image devra dès lors être mis en balance avec le droit à l'information du public. Cette pondération des intérêts en présence devra s'intégrer dans une réflexion qui prendra en compte les circonstances de l'espèce – et notamment l'influence de l'information –, l'époque et le lieu concernés ainsi que les mœurs qui y prévalent⁴.

C. JUSTICE ET MÉDIAS

140. Des affaires judiciaires défraient régulièrement la chronique, signe de l'intérêt que le grand public – et par voie de conséquence les médias – leur témoigne⁵. Dans ce cadre, diverses tensions pourraient néanmoins surgir entre la liberté de la presse et d'autres droits concurrents tels la présomption d'innocence, le droit au procès équitable ou le secret de l'instruction et de l'information⁶.

Dans un premier temps, nous verrons comment la jurisprudence a résolu les conflits issus de ces tensions, en distinguant la phase préparatoire (1) et le procès proprement dit (2). Par ailleurs, si les médias peuvent critiquer le pouvoir judiciaire et les magistrats, des limites furent posées par les cours et tribunaux (3).

1. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 67, n° 53; sur ce thème voir aussi, en France, E. DERIEUX, 'Images publiques et droits privés – Arrêts sur images', *Légipresse*, 1999, n° 162-II, p. 66; D. AMSON, 'Le droit à l'image et la rue', *Légipresse*, 2000, n° 175-II, p. 106.

2. Pour rappel Aurore MARTIN et Peter SCHMITT, tous deux devenus veufs dans des circonstances tragiques étaient suspectés d'avoir assassiné leurs époux respectifs. Après la mort de son mari en 1995, dans un accident de voiture lors du voyage de noces, Aurore MARTIN étaient partie vivre avec Peter SCHMITT en Floride. Ils furent arrêtés puis extradés vers la Belgique. *In casu*, les dommages-intérêts sont postulés par les sœurs d'Aurore MARTIN: Frédérique et Roxane.

3. Civ. Liège, 15 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 160. Dans la même affaire, voir aussi l'ordonnance rendue en référé: Civ. Liège (réf.), 12 janv. 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 915, *AM*, 1999, p. 287, note S.-P. DE COSTER.

4. M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *o.c.*, pp. 108, n° 150; J. MILQUET, *o.c.*, pp. 43 et 70; G. LEROY, *o.c.*, pp. 717 et s.; C. BIGOT, 'La liberté de l'image entre son passé et son avenir', *Légipresse*, 2001, n° 182-II, pp. 68-72 et n° 183-II, pp. 81-86. Voir aussi un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers (Anvers, 25 oct. 1999, *R.G.D.C.*, 2002, p. 122) qui estima que 'le droit à l'image des personnes représentées prime le droit à la liberté d'expression (art. 19 Const. et art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme) et le principe de la liberté de commerce et d'industrie (décret d'Allarde) du propriétaire du portrait.

5. En ce sens, Civ. Liège, 15 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 163. Voir aussi l'exposé des motifs de la loi du 12 mars 1998 (*M.B.*, 12 avril 1998), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 857/1, p. 31.

6. Pour reprendre les propos de R. LALLEMAND, 'une des tensions évidentes entre la justice et la presse vient de ce que le journalisme tend à provoquer une instruction publique là où la loi, l'usage ou la tradition, elles aussi démocratiques, demandent une instruction secrète ou discrète' (R. LALLEMAND, 'Les rapports entre la justice et la presse. Quelques considérations générales', *Journ. proc.*, 1995, n° 295, p. 10). Sur ce thème, voir aussi, de manière générale, S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, pp. 396 et s., n°s 683 et s.; F. JONGEN, 'Droits de l'homme et médias', in *Le point sur les droits de l'homme*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, pp. 138-41; F. RIGAUX, 'Justice et presse: réflexions comparatives', *J.T.*, 1996, pp. 41 et s.; D. D'HOOGHE, 'Het proces van de pers over het proces', *R.W.*, 1993-1994, pp. 937 et s.; R.O. DALCQ, *Traité de responsabilité civile, Les Nouvelles*, t. V.1, 2^e éd., 1967, Bruxelles, Larcier, pp. 423 et s., n°s 1256 et s. En France, voir not. P. GUERDER, 'Présomption d'innocence, droits des victimes, liberté de la presse et internet. Ombres et lumières sur la loi de 1881', *Légipresse*, 1999, n° 161-II, p. 49 et s.

*1. La phase préparatoire***a) Le secret de l'information et de l'instruction**

141. En vertu des articles 28^{quiquies}, § 1^{er}, et 57, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, l'instruction et l'information sont secrètes. Ces dispositions ajoutent que 'toute personne qui est appelée à prêter son concours professionnel à l'information est tenue au secret. Celui qui viole ce secret est puni des peines prévues à l'article 458 du Code pénal'¹. L'objectif de ces dispositions est de garantir une recherche efficace de la vérité et de protéger la présomption d'innocence². L'exposé des motifs de la loi Franchimont précise que la référence à l'article 458 du Code pénal concerne uniquement la peine applicable³. Pour que la divulgation de certains éléments fasse l'objet de sanctions, encore faut-il, bien entendu, que ceux-ci soient couverts par le secret de l'instruction⁴. S'ils sont de notoriété publique, aucune violation de l'obligation de secret ne peut être retenue⁵.

Cette obligation de secret n'est pas absolue: il s'agit plutôt d'un secret relatif⁶. Des exceptions sont ainsi prévues aux paragraphes 3 et 4 des articles précités. Par ailleurs, pour répondre à des nécessités sociales ou judiciaires, l'instruction peut faire l'objet de quelque publicité. Il faut également préciser l'étendue de cette obligation de secret en déterminant qui en est dépositaire.

142. La première exception à l'obligation de secret est prévue aux paragraphes 3 et 4 des articles 28^{quiquies} (pour l'information) et 57 (pour l'instruction) du Code d'instruction criminelle. Ces dispositions organisent la communication des informations à la presse⁷, tâche dévolue au procureur du Roi, le cas échéant avec

1. Pour des violations du secret de l'instruction, voir Civ. Bruxelles (réf.), 9 janv. 1997, *AM*, 1997, p. 197; Civ. Charleroi, 1^{er} avril 1982, *R.R.D.*, 1982, pp. 214 et s.

2. L'exposé des motifs de la loi du 12 mars 1998 (*M.B.*, 12 avril 1998, ci-après loi Franchimont), qui modifia le Code d'instruction criminelle, précise que 'le devoir de secret sert [...] les intérêts de la personne soupçonnée, qui bénéficie de la présomption d'innocence. Le but recherché est de prévenir une publicité prématurée, et d'éviter que la personne soupçonnée ne soit déjà condamnée par la presse, avant que l'affaire ne soit renvoyée devant le juge du fond' (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 857/1, p. 29). Un attendu de la Cour de cassation peut également être repris: 'attendu que c'est dans un but d'intérêt général et d'ordre public, tant en faveur des inculpés présumés innocents que pour amener plus efficacement la répression des infractions, pour éviter les vengeances et les représailles, faciliter ainsi les manifestations de la vérité, maintenir la paix et l'honneur, dans les familles, assurer la sécurité extérieure ou intérieure de l'Etat que le Code d'instruction criminelle a établi comme principe fondamental et comme base du système d'instruction qu'il a institué le secret de l'instruction préparatoire écrite' (Cass., 12 juin 1913, *Pas.*, I, 1913, p. 322, cité par F. TULKENS, 'Les limites du secret de l'instruction', *Journ. proc.*, 1985, n° 67, pp. 20-21). Voir aussi C. DOUTRELEPONT, 'Les relations entre la justice et la presse. Evolutions depuis la loi Franchimont', *Journ. proc.*, 1999, n° 371, p. 18.

3. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 857/1, p. 30.

4. Il fut ainsi décidé que le contenu d'une lettre de Madame le Procureur général de Liège à son supérieur hiérarchique, dévoilé lors d'une émission télévisée, n'était pas couvert par le secret de l'instruction dans la mesure il n'était pas destiné à être utilisé dans le cadre d'une procédure disciplinaire à l'encontre de la juge d'instruction DOUTRÈWE (Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1599. Voir aussi Civ. Bruxelles (requ. unil.), 30 janv. 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 317 et Civ. Bruxelles (tierce opposition), 5 févr. 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 319 (dans ces décisions, la juge d'instruction DOUTRÈWE se plaignait de la publication des notes personnelles, remises à la Commission d'enquête parlementaire et publiées dans la presse).

5. Civ. Bruxelles, 14 mars 2002, *Journ. proc.*, 2002, n° 448, p. 27.

6. F. TULKENS, 'Les limites au secret de l'instruction', *Journ. proc.*, 1985, n° 68, p. 17.

7. Sur ce thème, voir H.-D. BOSLY et D. VANDEMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, La Charte, 1999, pp. 263 et s.; C. DOUTRELEPONT, 'Les relations entre la justice et la presse. Evolutions depuis la loi Franchimont', *Journ. proc.*, 1999, n° 371, pp. 18 et s.; B. VANLERBERGHE, 'De nieuwe richtlijn pers-gerecht, een stap naar een grotere openheid van justitie', *AM*, 2000, pp. 9-17; D. VOORHOOF, 'De wet Franchimont en de persvoorlichting door het parket: de omzendbrief van de minister van Justitie en het College van procureurs-generaal', *Journ. proc.*, 1999, n° 372, pp. 12 et s.; J. VELU, 'Propos sur les normes européennes applicables aux relations entre la justice et la presse', *Bull.*, 1996, pp. 83 et s., n°s 57 et s.

l'accord du juge d'instruction (si l'affaire est à l'instruction)¹. Il doit néanmoins veiller 'au respect de la présomption d'innocence, des droits de la défense des personnes soupçonnées, des victimes et des tiers, de la vie privée et de la dignité des personnes. Dans la mesure du possible, l'identité des personnes citées dans le dossier n'est pas communiquée'. Pour respecter l'égalité des armes², un droit identique est accordé au conseil de la personne soupçonnée, qui interviendra lorsque l'intérêt de son client l'exige. En prévoyant cette modalité, le législateur voulait garantir une meilleure information de la presse et du public, rencontrer les intérêts de la justice en général et offrir une plus grande sécurité pour le suspect, présumé innocent³.

Une circulaire ministérielle du 3 mai 1999⁴ détaille la mise en œuvre pratique de cette communication entre la justice et la presse. Celle-ci prévoit notamment que des membres du parquet peuvent être désignés pour exercer la fonction de porte-parole. Le procureur du Roi peut aussi déléguer l'exercice de cette fonction au porte-parole de la police. La nature, le contenu et la forme de la communication sont aussi organisés.

Ceci étant, on attend des autorités publiques qu'elles fassent preuve de discrétion et de réserve, 'en évitant autant que possible que leurs déclarations soient mal interprétées par le public et conduisent à mettre en question l'innocence de l'accusé avant même qu'il ait été jugé'⁵.

143. Dans certains cas, les acteurs de la justice feront appel à la presse pour diffuser des avis de recherche de personnes disparues ou recherchées, voire encore pour retrouver des témoins⁶. De même, des nécessités sociales requièrent parfois que des informations soient transmises, pour rassurer le public ou le prévenir de nouvelles techniques criminelles⁷.

144. L'obligation de secret pèse sur 'toutes les personnes qui, par leur activité professionnelle, mais quelle que soit leur fonction, ont connaissance des éléments de l'information. Il s'agit tant du procureur du Roi ou de ses substituts que des greffiers, des personnes chargées de l'entretien des locaux, des commis, des traducteurs, des huissiers, etc.'⁸. Elle ne s'applique donc ni aux journalistes, ni aux particuliers⁹. La jurisprudence a en effet rappelé à maintes reprises que cette obligation de secret n'est susceptible d'être violée que par ceux qui en sont

1. Dans tous les cas, cette communication ne pourra avoir lieu que si l'intérêt public l'exige. Celui-ci s'apprécie sur la base de l'équilibre entre d'une part le droit du public et des médias de recevoir des informations correctes et fiables, d'autre part les intérêts d'une bonne administration de la justice, dans le respect des droits de chacun (voir la circulaire commune du ministre de la Justice et du Collège des Procureurs généraux concernant les informations qui peuvent être transmises à la presse par les autorités judiciaires et les services de police durant la phase de l'enquête préparatoire, en vigueur le 15 mai 1999, *infra*).

2. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 857/1, p. 32.

3. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 857/1, p. 31.

4. Circulaire commune du ministre de la Justice et du Collège des Procureurs généraux concernant les informations qui peuvent être transmises à la presse par les autorités judiciaires et les services de police durant la phase de l'enquête préparatoire, en vigueur le 15 mai 1999.

5. J. VELU, 'Propos sur les normes européennes applicables aux relations entre la justice et la presse', *Bull.*, 1996, p. 47, n° 32.

6. P. LAMBERT, 'Le secret de l'instruction et la liberté de la presse', *Journ. proc.*, 1992, n° 220, p. 11; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, p. 410, n° 708; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1996-1997, n° 857/1, p. 31.

7. F. TULKENS, 'Les limites du secret de l'instruction', *Journ. proc.*, 1985, n° 68, p. 17.

8. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 857/1, p. 30.

9. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, p. 404, n° 699; F. TULKENS, 'Les limites du secret de l'instruction', *Journ. proc.*, 1985, n° 68, p. 16; F. JONGEN, 'Droits de l'homme et médias', in *Le point sur les droits de l'homme*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, p. 139.

dépositaires, en raison de leurs fonctions¹. Or, les journalistes n'entrent pas dans cette catégorie.

145. Le journaliste qui diffuse des informations obtenues à la faveur d'une violation de secret peut néanmoins être considéré comme fautif sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil². Il est en effet légitime de se demander si un journaliste normalement prudent aurait publié les informations recueillies par cette voie. Si certaines décisions répondent de façon catégorique par la négative³, d'autres se montrent plus nuancées, à raison. Il fut ainsi jugé que 'le fait qu'un dossier soit 'couvert' par le secret de l'instruction ne constitue pas, pour le journaliste, un obstacle juridique à sa révélation; [...] ils ne sont pas, eux, les destinataires du secret et on ne peut dès lors leur interdire de donner des informations au sujet d'une affaire en cours au nom du secret de l'instruction'⁴. Le Tribunal ajouta cependant que les journalistes n'échappaient pas, 'de ce fait, à toute forme de responsabilité et de réparation'. Corrélativement, il ne peut être admis que le journaliste invoque le secret de l'instruction pour justifier la pauvreté des preuves avancées en soutien de ses allégations⁵.

b) Une obligation de prudence renforcée en matière judiciaire?

146. Les journalistes doivent faire preuve de beaucoup de prudence, de discrétion et de réserve lorsqu'ils diffusent des informations sur des affaires judiciaires, spécialement lors de la phase préparatoire. Sont en effet menacés le droit du prévenu à la vie privée et familiale ainsi que son droit à un procès équitable⁶.

Par ailleurs, le public non averti a parfois tendance à considérer comme coupable une personne qui fait uniquement l'objet d'actes d'instruction⁷. Clairement, le droit à l'information du public entre en conflit avec la présomption d'innocence⁸. Ce conflit devra être réglé en recourant à la technique de la pondération des intérêts en présence, 'le juge ayant à vérifier dans les faits si chacun des principes a été respecté proportionnellement à la raison qui le sous-tend'⁹. Dans ce cadre, on gardera à l'esprit que 'tout soupçon formulé publiquement à l'égard d'une personne déterminée laissera une tache sur sa réputation même si ce soupçon se révèle non fondé par la suite'¹⁰. Le public tend en effet à

-
1. Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 1606-1607; Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1595; Civ. Liège, 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1125; Civ. Bruxelles, 16 déc. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 211; Civ. Liège (réf.), 19 oct. 1994, *J.T.*, 1995, p. 30, *Journ. proc.*, 1994, n° 272, p. 27, obs. M. HANOTIAU, *J.L.M.B.*, 1995, p. 98, note F. JONGEN; Civ. Bruxelles (réf.), 18 déc. 1990, *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 176.
 2. F. TULKENS, 'Les limites du secret de l'instruction', *Journ. proc.*, 1985, n° 68, p. 16; C. DOUTRELEPONT, 'Les relations entre la justice et la presse. Evolutions depuis la loi Franchimont', *o.c.*, p. 18.
 3. Voir Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 241. Cette position catégorique est critiquée par D. VOORHOOF qui estime qu'il convient d'appliquer les critères dégagés par la Cour de Strasbourg. Constituerait donc une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme une interdiction de publier des informations en rapport avec une instruction en cours, dès lors que les critères ne seraient pas rencontrés (D. VOORHOOF, 'Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire DUTROUX: censure illicite ou mesure nécessaire', note sous Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 258).
 4. Civ. Liège (réf.), 19 oct. 1994, *J.T.*, 1995, p. 30, *Journ. proc.*, 1994, n° 272, p. 25; Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1607; F. TULKENS, 'Les limites du secret de l'instruction', *Journ. proc.*, 1985, n° 68, p. 16. C. DOUTRELEPONT, 'Les relations entre la justice et la presse. Evolutions depuis la loi Franchimont', *o.c.*, p. 18.
 5. Civ. Liège, 15 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 165.
 6. P. LEMMENS, 'Quelques réflexions au sujet des garanties procédurales en matière pénale', in F. TULKENS et H.-D. BOSLY (sous la dir. de), *La justice pénale en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 208.
 7. F. RIGAUX, 'Justice et presse: réflexions comparatives', *J.T.*, 1996, p. 43, n° 11.
 8. Ce droit est consacré par l'article 6, § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et pourrait faire l'objet d'une meilleure reconnaissance en droit interne (J. VELU, 'Propos sur les normes européennes applicables aux relations entre la justice et la presse', *o.c.*, pp. 78 et s., n°s 52 et s.).
 9. Liège, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 14; Civ. Liège, 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1131; S. HOEBEKE, 'Abus de presse ou déni de justice?', *AM*, 2003, p. 27.
 10. Bruxelles, 9 nov. 2001, *J.T.*, 2002, p. 169.

considérer qu'il n'y a pas de fumée sans feu et un démenti ultérieur ne réparera jamais le dommage résultant d'une information erronée¹.

Ces considérations ne doivent cependant pas conduire les cours et tribunaux à sanctionner systématiquement la presse, au risque de porter gravement atteinte à la liberté d'expression. Dans son travail de pondération, le juge gardera à l'esprit que 'la règle de la présomption d'innocence doit avoir pour effet de rendre plus rigoureuses les exigences d'objectivité et d'impartialité qui s'imposent à ceux qui ont pour fonction et pour mission d'informer'². Fut ainsi reconnu fautif le journaliste qui, en recourant à des titres accrocheurs et affirmatifs conforte 'le lecteur dans le sentiment, voire la conviction que [la personne en question] ne peut être que coupable'³.

En référé, la publication d'une liste de pédophiles présumés fut également interdite⁴ (sur cette affaire, voir aussi *supra*, n° 59). Au fond néanmoins, le tribunal adopta une position différente. S'agissant de l'action introduite par M. DUTROUX lui-même, il fut jugé qu'«en tant qu'il vise la violation du secret de l'instruction avec pour conséquence la violation de sa présomption d'innocence et de son droit de défense, le demandeur [...] allègue de manière purement théorique une atteinte à des droits fondamentaux qui entourent le procès pénal; qu'en effet, l'indépendance des magistrats et l'impartialité du tribunal pénal sont présumées et en l'état, le demandeur [...] ne fait que préjuger une atteinte à la présomption d'innocence et à ses droits de défense»⁵. Un autre demandeur en intervention volontaire, dont le nom est mentionné sur la liste, voit aussi son action déclarée non fondée au motif qu'il 'n'établit aucunement en quoi la diffusion et la publication de la liste litigieuse porte atteinte aux intérêts qu'il allègue et plus particulièrement à sa réputation, sa carrière et ses affaires internationales. [...] Il s'agit de pures allégations de sa part sans que la moindre preuve soit rapportée et sans qu'[il] précise en quoi consisterait le préjudice subi par lui, ni quelle serait la mesure des atteintes»⁶. Il nous semble néanmoins qu'au vu des critères développés par la jurisprudence de Strasbourg, la pondération des intérêts en présence aurait dû conduire le juge à déclarer fautive une telle publication et à interdire toute diffusion ultérieure de la liste. Dès lors que certaines personnes mentionnées n'avaient pas fait l'objet d'une condamnation et s'agissant de faits particulièrement graves, les droits de la défense auraient dû prévaloir sur la liberté d'expression.

Ce droit à la présomption d'innocence implique aussi que la personne en cause conserve un certain anonymat⁷.

147. Si des éléments de notoriété publique sont communiqués par la presse, aucun problème ne se pose, pour autant bien entendu que les médias n'abusent pas de ce droit. Seront dès lors sanctionnés les journalistes qui tiennent des propos

1. F. TULKENS, 'Les limites du secret de l'instruction', *Journ. proc.*, 1985, n° 68, pp. 17-19; P. LAMBERT, 'Le secret de l'instruction et la liberté de la presse', *Journ. proc.*, 1992, n° 220, p. 12. En jurisprudence, voir Bruxelles, 9 nov. 2001, *J.T.*, 2002, p. 169; Civ. Liège, 15 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 160.

2. Liège, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 14; Civ. Liège, 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1125; Civ. Bruxelles, 16 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 283; Civ. Bruxelles, 19 mars 2002, *AM*, 2002, p. 535. Comp. Civ. Bruxelles (réf.), 12 oct. 1990, *Journ. proc.*, 1990, n° 181, p. 27.

3. Civ. Bruxelles, 25 avril 2000, *Journ. proc.*, 2000, n° 406, p. 24; Civ. Liège, 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1131.

4. Civ. Namur (réf.), 9 août 2000, *Journ. proc.*, 2000, n° 398, p. 22, obs. P. TOUSSAINT.

5. Civ. Namur, 11 sept. 2001, *AM*, 2001, p. 489, *Journ. proc.*, n° 421, 2001, p. 23, note M. PREUMONT; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, 'Le contrôle judiciaire de la presse', *AM*, 2002, p. 499.

6. Civ. Namur (réf.), 11 sept. 2001, *AM*, 2001, p. 489, *Journ. proc.*, n° 421, 2001, p. 23, note M. PREUMONT.

7. Il a ainsi été jugé que 's'agissant d'accusations aussi graves que celle de pédophilie, que l'enquête pénale n'en est qu'à son tout début et que l'inculpé nie les faits, il s'impose aux journalistes d'agir avec la plus extrême prudence et de ne divulguer que des informations à ce point vagues que l'auteur éventuel des faits ne puisse être reconnu par le public' (Bruxelles, 9 nov. 2001, *J.T.*, 2002, p. 169).

inexacts¹, voire désobligeants² ou qui ne prennent pas suffisamment de précautions pour garantir la présomption d'innocence de la personne en cause³. Sous cette réserve, il ne peut leur être reproché de nommer des personnes mises en prévention ou de mentionner une inculpation⁴. Dans l'une des procédures mises en œuvre par la juge d'instruction DOUTRÈWE, il fut jugé que la mention des inculpations de son mari et de l'un de leur amis était nécessaire 'à l'information du public quant au fonctionnement de la justice et à la personnalité des magistrats qui la rendent'⁵. En tout état de cause, le journaliste doit toutefois se garder de confondre *inculpation* et *condamnation* sous peine de commettre une faute⁶.

2. Le procès

148. Les audiences sont publiques⁷, ce qui autorise les journalistes à révéler l'existence d'un procès et à dresser un compte rendu de celui-ci⁸. Il fut ainsi jugé que la publicité des audiences des cours et tribunaux 'a comme corollaire la publicité qui peut être donnée par la presse [...] aux faits qui se passent dans les prétoires'⁹. Toute erreur ou inexactitude commise par les journalistes dans ce cadre pourra néanmoins être sanctionnée¹⁰.

La révélation de l'identité du prévenu paraît également légitime¹¹ mais pas celle de la victime, dans la mesure où sa vie privée s'en trouverait menacée¹².

149. Si une condamnation est divulguée alors qu'elle peut encore faire l'objet de recours, une même publicité devrait être accordée à la décision d'acquiescement réformant la condamnation antérieure¹³. Toutefois, ce principe n'est pas acquis en jurisprudence. Ainsi, il a été jugé qu'aucune obligation ne pèse sur le journaliste de se faire ultérieurement l'écho de mises hors cause, ce dernier n'ayant pas à jouer le rôle de tribunal; qu'il ne s'agit pas de rectification d'informations inexacts mais de la suite apportée par les autorités judiciaires aux différentes procédures pénales évoquées, en terme d'actualités, par le journaliste¹⁴.

1. Voir, p. ex., Civ. Bruxelles, 23 juin 1998, *AM*, 2000, p. 98 (fut ainsi reconnu coupable le journaliste, qui, ayant recueilli des informations du parquet, commet une erreur en les diffusant dès lors qu'il associe à une affaire une personne qui y est étrangère). Un minimum de vérification est requis lorsque des faits particulièrement graves sont imputés à une personne (Civ. Bruxelles (réf.), 31 août 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1212).
2. R.O. DALCQ, *Traité de responsabilité civile, Les Nouvelles*, t. V.1, 2^e éd., 1967, Bruxelles, Larcier, pp. 423-424, n° 1256-1257. Voir aussi S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, pp. 408 et s., n° 707 et s.
3. Comp. Civ. Bruxelles, 19 mars 2002, *AM*, 2002, p. 536.
4. En ce sens, J. MILQUET, 'La responsabilité aquilienne de la presse', *Ann. Dr.*, 1989, p. 73; Civ. Bruxelles, 16 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 284; Civ. Liège, 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1131.
5. Bruxelles, 5 févr. 1999, *Journ. proc.*, 1999, n° 367, p. 29, obs. F. JONGEN, *AM*, 1999, p. 274, note F. RINGELHEIM.
6. Voir, p. ex., Civ. Liège, 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1125.
7. Art. 148 et 149 Const.
8. F. JONGEN, 'Droits de l'homme et médias', in *Le point sur les droits de l'homme*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, p. 141; F. RIGAUX, 'Justice et presse: réflexions comparatives', *o.c.*, p. 44, n° 14; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, pp. 415 et s., n° 715 et s.
9. Bruxelles, 3 déc. 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13126/2.
10. La reproduction des débats ou de la décision doit être fidèle (R.O. DALCQ, *o.c.*, p. 424, n° 1258). Voir aussi J. MILQUET, 'La responsabilité aquilienne de la presse', *Ann. Dr.*, 1989, pp. 77-78; Bruxelles, 3 déc. 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13126/2.
11. Certains juges estiment toutefois que le principe de la publicité des débats ne va pas jusqu'à permettre au journaliste d'obtenir une copie du jugement (Civ. Anvers (réf.), 9 nov. 1999, *AM*, 2000, p. 95). Si l'objectif est de préserver l'anonymat des parties, une telle interdiction nous semble disproportionnée dans la mesure où il fut jugé qu'il n'est pas fautivement imprudent, dans le compte rendu d'une audience publique, de mentionner le prénom, la profession et la commune de résidence du prévenu, de tels éléments permettant aisément d'identifier la personne concernée (Bruxelles, 3 déc. 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13126/2).
12. J. MILQUET, 'La responsabilité aquilienne de la presse', *Ann. Dr.*, 1989, p. 73.
13. En ce sens, F. RIGAUX, 'Justice et presse: réflexions comparatives', *o.c.*, p. 44, n° 14. Voir aussi Civ. Namur, 17 nov. 1997, *AM*, 1998, p. 269, où le juge estime qu'un journaliste normalement diligent et prudent doit s'assurer du caractère toujours actuel d'une condamnation. En l'occurrence, elle avait été frappée d'appel.
14. Civ. Bruxelles, 19 mars 2002, *AM*, 2002, p. 536.

3. La critique du pouvoir judiciaire

150. Des journalistes – dits d’investigation – ont pris l’habitude d’effectuer des enquêtes parallèles. Leurs articles sont le résultat de rumeurs, de déclarations des enquêteurs ou des autorités judiciaires, voire même des recherches de leurs confrères. Sur la base d’éléments épars, quelques-uns stigmatisent alors ‘la façon dont certains magistrats ou policiers ont rempli leur devoir, surtout si ceux-ci leur ont donné l’impression, fondée ou non, de ne pas enquêter sur la bonne piste, c’est-à-dire celle qu’eux-mêmes privilégient’¹. Si l’on ne peut reprocher aux journalistes la précarité de leurs moyens d’investigations, la mise en cause, méchante et sans nuance, de magistrats ou policiers sur cette seule base et sans les réserves qui s’imposent peut s’avérer fautive².

151. Le journaliste peut émettre des critiques à l’égard du pouvoir judiciaire et des magistrats. Lorsqu’il se prononce sur la justice et son fonctionnement, divers devoirs lui incombent, tenant principalement à l’obligation de fournir des renseignements exacts et à ne pas diffuser des propos calomnieux, injurieux, malveillants, dénigrants, infamants ou déshonorants³. Dès lors que la liberté de critique dont jouit la presse entre en conflit avec d’autres droits – vie privée, droit à l’image, présomption d’innocence, autorité et impartialité du pouvoir judiciaire – il appartient au juge saisi de l’affaire de pondérer les intérêts en présence⁴.

Ce droit de critique s’étend également à ‘l’œuvre juridique de la magistrature, en ce compris les jugements, tombés dans le domaine public par suite de leur lecture à l’audience, et qui peuvent faire l’objet d’une appréciation et d’une discussion’⁵. Encore faut-il, ici aussi, qu’il s’agisse d’un examen juridique dénué d’attaques personnelles envers les magistrats ou les parties⁶.

SECTION 2. LE PRÉJUDICE ET SA RÉPARATION

Introduction

152. Sur le plan de la réparation, la responsabilité civile des médias n’en finit pas de se chercher... sans donner entière satisfaction.

L’évaluation et l’indemnisation des dommages matériels – patrimoniaux – ne posent guère de problème particulier. Il est cependant peu fréquent qu’un dommage matériel soit reconnu et indemnisé. Sans doute en raison de la difficulté pour le demandeur d’établir, pièces à l’appui, son préjudice financier. Récemment, un avocat réclama pas moins de 12.000.000 FB en réparation de son préjudice moral (atteinte à son honneur) et financier (perte de clientèle) résultant d’informations diffusées dans la presse à son sujet. Le Tribunal reconnut non seulement

1. Civ. Liège, 21 sept. 1999, *Journ. proc.*, 2000, n° 384, p. 30.

2. Civ. Liège, 21 sept. 1999, *Journ. proc.*, 2000, n° 384, p. 30.

3. Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1595; Bruxelles, 5 févr. 1999, *Journ. proc.*, 1999, n° 367, p. 29, obs. F. JONGEN, *AM*, 1999, p. 274, note F. RINGELHEIM confirme, sur certains points, Civ. Bruxelles, 16 déc. 1997, *AM*, 1998, p. 260; Civ. Bruxelles, 13 sept. 1994, *J.T.*, 1995, p. 9; Bruxelles, 7 févr. 1994, *Journ. proc.*, 1994, n° 255, p. 26 et n° 256, p. 26 (L’intimé se plaint du caractère injurieux pour la justice et haineux pour lui-même de la campagne à laquelle s’est livrée la presse); Bruxelles, 5 févr. 1990, *Pas.*, 1990, II, p. 154. Voir aussi Civ. Courtrai, 15 janv. 1997, *AM*, 1997, p. 212 où une personne fait part de son mécontentement à propos de la justice à la presse et aux tiers.

4. F. RINGELHEIM, note sous Bruxelles, 5 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 279.

5. Civ. Bruxelles, 29 juin 1987, *J.T.*, 1987, p. 686, note F. RIGAUX.

6. J. MILQUET, ‘La responsabilité aquilienne de la presse’, *o.c.*, pp. 87-88.

un préjudice moral estimé à 5.000 euros, mais aussi un préjudice matériel, qu'il évalua *ex aequo et bono* à 7.500 euros¹.

Le plus souvent, les dommages causés par les médias sont d'ordre moral. Ils résultent d'intrusions dans la vie privée, de violations du droit à l'image, d'atteintes portées à l'honneur et à la réputation... L'évaluation du dommage moral et sa réparation suscitent nettement plus de difficultés. Comment s'en étonner? Il y a nécessairement quelque artifice à vouloir réparer sous une forme pécuniaire un dommage extra-patrimonial, par hypothèse inappréciable en argent. Nous ferons le point sur l'état de la jurisprudence à cet égard (§ 1^{er}), avant d'évoquer brièvement les modes de réparation dite en nature (§ 2).

§ 1. La réparation sous forme pécuniaire

A. L'OCTROI DE DOMMAGES-INTÉRÊTS, ENTRE DISCOURS ET RÉALITÉ

153. Traditionnellement, les tribunaux belges se montrent plutôt chiches dans l'octroi de dommages et intérêts aux victimes de préjudices moraux causés par les médias, se contentant le plus souvent d'accorder un franc symbolique. La fin de l'année 97 se signale à cet égard comme un tournant. A partir de cette date, se confirme et s'accroît nettement, dans le contexte de certains dérapages médiatiques intervenus autour et aux alentours de l'affaire DUTROUX, une lente évolution commencée quelques années auparavant. Coup sur coup, en quelques semaines, sont rendues plusieurs décisions de condamnation à verser des dommages et intérêts particulièrement substantiels. Ainsi, saisi d'un litige relatif à une campagne de presse visant la juge d'instruction Martine DOUTRÈWE, le Tribunal de première instance accorda à la magistrate la coquette somme de 500.000 FB à titre de réparation de son dommage moral², tandis que la Cour d'appel ramenait cette somme à un franc symbolique³, au motif étrange que 'Martine DOUTRÈWE ne démontre pas que cette atteinte aurait eu des conséquences financières quelconques pour elle'⁴. En revanche, la même Cour d'appel confirma les 500.000 FB alloués en réparation du préjudice moral subi par un gendarme par suite de la publication d'articles de presse témoignant d'un acharnement certain⁵. Auparavant, désapprouvant expressément le raisonnement tenu par la Cour d'appel, un Tribunal octroya une somme de 500.000 FB à Madame DOUTRÈWE à titre de réparation du dommage moral qu'elle a subi ensuite de la publication par un journaliste de ses notes personnelles préparées pour sa comparution devant la commission d'enquête parlementaire relative aux disparitions d'enfants⁶.

154. L'on sait que le dommage moral s'évalue *ex aequo et bono*. Cette méthode d'évaluation conférant au juge un grand pouvoir discrétionnaire, les condamna-

1. Compte tenu de l'ensemble des éléments fournis par le demandeur, le Tribunal estime que ce dernier établit avoir subi un certain dommage financier, mais il l'évalue *ex aequo et bono*, à défaut de données lui permettant de le chiffrer précisément. Civ. Bruxelles (8^e ch.), 14 mars 2002, *Journ. proc.*, 2002, n° 448, p. 27. Pour un cas analogue, voir Civ. Liège, 24 juin 1997, *AM*, 1997/3, p. 319.

2. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 déc. 1997, *Journ. proc.*, 1998, n° 341, p. 24, note F. JONGEN, *AM*, 1998/3, p. 260, *J.L.M.B.*, 1998, p. 204.

3. Bruxelles (9^e ch.), 5 févr. 1999, *Journ. proc.*, 1999, n° 367, p. 26, note F. JONGEN, *R.G.A.R.*, 2000, 13296, obs. R.O.D., *AM*, 1999, p. 274, note F. RINGELHEIM.

4. Sur l'apparente confusion commise par la Cour entre préjudice matériel et préjudice moral, voir Cass. (1^{re} ch.), 12 oct. 2001, *J.L.M.B.*, 2002/10, p. 400, obs.

5. Bruxelles (9^e ch.), 16 févr. 2001, *AM*, 2002/3, p. 282, *Journ. proc.*, 2001, n° 411, p. 22, confirmant Civ. Bruxelles (14^e ch.), 28 oct. 1999, *R.G.A.R.*, 2001, 13340, *AM*, 2000, p. 113.

6. Civ. Bruxelles, 23 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000/37, p. 1602.

tions s'échelonnent du franc symbolique¹ à 500.000 FB, et davantage encore², en passant par des montants intermédiaires à hauteur de 25.000 FB³, 50.000 FB⁴, 100.000 FB⁵, 250.000 FB⁶, 300.000 FB⁷, etc. Dans la plupart des cas, la publication du jugement dans un journal, voire plusieurs, est ordonnée en sus de la condamnation de somme (*infra*, n° 160).

Cette disparité significative dans les montants alloués aux victimes ne laisse pas de produire une étrange impression d'arbitraire...

Afin précisément de ne pas 'céder à l'arbitraire' et d'objectiver un tant soit peu l'évaluation des dommages moraux, certains tribunaux se réfèrent – parfois explicitement – à divers critères qui leur servent de guide, parmi lesquels: les circonstances dans lesquelles la faute a été commise, la gravité de l'atteinte à l'honneur et à la réputation de la victime; les moyens, l'ampleur et la durée de cette atteinte et le public touché; la qualité et la notoriété respective des parties...⁸. On peut ajouter d'autres facteurs tels que la place occupée par l'article de presse litigieux, l'importance du tirage, etc.⁹ C'est le recours à ce dernier critère qui a valu aux journalistes Ph. BREWAEYS et J.-L. DELIÈGE l'une des plus fortes condamnations civiles jamais prononcées par un tribunal belge¹⁰.

Pour louables qu'ils soient, ces efforts d'objectivation dans l'évaluation des dommages moraux ne paraissent guère décisifs. Indépendamment du fait que la pertinence des critères choisis est discutable et discutée¹¹, force est d'admettre qu'ils contribuent de façon médiocre à réduire l'inévitable part de subjectivité inhérente à l'évaluation *ex æquo et bono*.

155. Mais il y a plus. Il est clair qu'en règle, les dommages et intérêts alloués à la victime ne peuvent représenter une peine privée. Certains tribunaux se plaisent d'ailleurs à le rappeler: 'Attendu certes que les montants réclamés sont excessifs; que la somme versée à la victime ne peut jamais être une façon de punir le responsable, mais seulement un mode d'indemnisation'¹².

Toutefois, la réalité ne semble pas toujours conforme aux intentions affichées. Tout porte à croire, en effet, que les juges ne résistent pas toujours à la tentation de déterminer le montant de la réparation, non pas seulement en fonction de l'étendue du dommage moral, mais aussi *en proportion de la gravité de la faute*.

On en veut pour 'signe' ce jugement qui, énumérant les critères censés guider le tribunal dans l'évaluation du dommage moral, mentionne en premier 'la gravité de la faute de l'auteur du dommage'¹³, ou tel arrêt faisant observer 'qu'il serait

1. Bruxelles (11^e ch.), 27 juin 2000, *AM*, 2001, p. 142; Bruxelles (14^e ch.), 25 avril 2000, *Journ. proc.*, 2001, n° 406, p. 24; Civ. Namur (1^{re} ch.), 17 nov. 1997, *J.T.*, 1998, p. 187.

2. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 nov. 1999, *AM*, 2000, p. 117.

3. Civ. Charleroi (2^e ch.), 9 déc. 1998, *AM*, 2000, p. 145.

4. Civ. Liège (6^e ch.), 21 sept. 1999, *Journ. proc.*, 2000, n° 384, p. 29, *AM*, 2000, p. 155, note F. JONGEN.

5. Liège (3^e ch.), 13 mai 2002, *AM*, 2002, p. 530 (l'appelant réclamait une indemnité de 2.000.000 FB).

6. Civ. Liège (6^e ch.), 7 mai 2002, *AM*, 2002/4, p. 370; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 nov. 1999, *AM*, 2000, p. 132; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 juin 1998, *AM*, 2000, p. 96; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 2 avril 1996, R.G. n° 92/11945/A.

7. Bruxelles (9^e ch.), 9 nov. 2001, *J.T.*, 2002, p. 167; Civ. Bruxelles (4^e ch.), 6 avril 2000, *Journ. proc.*, 2000, n° 394, p. 29 (dans cette affaire, le Tribunal reconnaît que le préjudice a manifestement un caractère moral mais aussi matériel; cependant, à défaut de justification de la consistance du préjudice matériel, il estime qu'il n'y a lieu d'accorder, de ce chef, que le franc symbolique aux demandeurs); Civ. Bruxelles, 30 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000/37, p. 1609, *AM*, 2000, p. 102.

8. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 12 févr. 2002, *AM*, 2002/5, p. 456; Civ. Bruxelles, 15 févr. 2000, *J.L.M.B.*, 2000/37, p. 1620; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 nov. 1999, précité.

9. A ce propos, voir R. LINDON, note sous Paris, 26 avril 1983, *D.*, J., 376 et note sous T.G.I. Paris (réf.), 31 janv. 1984, *D.*, 1984, J., 283.

10. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 nov. 1999, précité.

11. Pour de telles critiques, voir notamment S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, Paris, L.G.D.J., 1995, pp. 35 et s.; S.-P. DE COSTER, note sous Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 nov. 1999, *AM*, 2000, pp. 123 et s., spéc. p. 126.

12. Civ. Liège (6^e ch.), 21 sept. 1999, *Journ. proc.*, 2000, n° 384, p. 29, *AM*, 2000, p. 155, note F. JONGEN. Dans le même sens, Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 avril 2002, inédit, R.G. n° 2001/517/A; Bruxelles (9^e ch.), 5 févr. 1999, précité; Civ. Liège (7^e ch.), 15 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 160.

13. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 nov. 1999, *AM*, 2000, p. 132.

disproportionné à la faute retenue à charge de Philippe BREWAEYS personnellement d'ordonner la publication, à ses frais, du présent arrêt dans d'autres journaux'¹. A titre de dernière illustration, on peut encore citer un récent jugement dans lequel le Tribunal prend soin de préciser que 'si les dommages-intérêts alloués à une victime d'atteinte à son honorabilité ne doivent pas punir l'auteur de l'atteinte, ceux-ci doivent cependant réparer le dommage moral de la manière la plus complète'. Nonobstant cette référence à la seule fonction réparatrice de la responsabilité civile, le Tribunal n'en estime pas moins qu'"en l'espèce, une somme de 5.000 euros paraît adéquate, eu égard aux éléments précités, au tirage du journal *et au fait que ce n'est pas la première fois que l'hebdomadaire en cause adopte un tel comportement fautif à l'égard du demandeur*"². Cette dernière considération n'exprime-t-elle pas davantage une certaine volonté de punir plus lourdement le récidiviste que le souci de faire cas d'une circonstance de nature à aggraver le dommage réparable?

Simple maladresse de rédaction ou indications symptomatiques d'une propension, plus ou moins consciente, à forcer le montant des dommages et intérêts dus à titre de sanction des fautes qui suscitent une particulière réprobation?

Toujours est-il que cette situation est malsaine dans la mesure où c'est sous couvert de réparation du préjudice que les juges en viennent parfois à mobiliser la fonction de peine privée de la responsabilité civile. Consciemment ou non, ils le font d'autant plus à l'aise qu'il leur suffit, pour éviter la censure, de s'abriter derrière leur pouvoir souverain d'appréciation du préjudice moral.

B. PERSPECTIVES

156. La réparation des préjudices moraux résultant d'abus de la liberté de la presse n'est guère satisfaisante. Ni les condamnations au franc symbolique, ni l'allocation de sommes plus substantielles dans un but dissuasif et punitif, ne semblent être des solutions appropriées. Sans doute convient-il de réformer le système.

157. S'agissant de la condamnation au franc symbolique, force est d'admettre qu'elle est affectée d'une certaine ambiguïté³. En la prononçant, le juge reconnaît la responsabilité du journaliste et il est permis de parler dans ce cadre de réprobation morale. On remet ainsi en cause l'idée selon laquelle l'objectif de la responsabilité civile est exclusivement indemnitaire. Citant une décision du Tribunal de première instance de Nivelles qui précise, en accordant un franc pour indemniser le dommage moral, qu'"il importe dans le cas présent de consacrer la reconnaissance de la violation du droit de M. VANSASSE par le défendeur"⁴, F. JONGEN se demande s'il n'y a pas 'confusion entre la fonction indemnitaire de la responsabilité civile et la fonction symbolique de la responsabilité pénale'⁵. Pourtant, dans les décisions d'octroi du franc symbolique, c'est évidemment le *fait* de la condamnation, et non le *montant* de celle-ci, qui constitue l'essentiel de la réparation morale⁶. Autrement dit, tout se passe comme si la symbolique était mobilisée à des fins réparatrices. A tout prendre, le Tribunal de Nivelles ne fait qu'explicitement le sens même de la condamnation au franc symbolique. Où l'on voit que le cloisonnement entre la responsabilité civile (dont

1. Bruxelles (9^e ch.), 5 févr. 1999, précité.

2. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 avril 2002, inédit, précité. Souligné par nous.

3. E. MONTERO, 'La responsabilité civile des médias', *o.c.*, p. 125; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Préf. de G. VINEY, Paris, L.G.D.J., 1995, pp. 29 et s., n° 28.

4. Civ. Nivelles, 11 sept. 1997, *AM*, 1998, p. 157.

5. F. JONGEN, 'Tendances récentes de développement de la responsabilité civile des médias écrits et audiovisuels', *o.c.*, p. 203, n° 29.

6. Lire en ce sens les intéressantes considérations du tribunal dans Civ. Liège (7^e ch.), 15 déc. 1999, précité, *AM*, 2000, spéc. p. 165.

l'objectif est en principe indemnitaire) et la responsabilité pénale (qui remplit un rôle symbolique et répressif) n'est pas totalement étanche.

Sans doute la condamnation au franc symbolique procure-t-elle à la personne visée une certaine satisfaction¹. Mais, en même temps, elle éprouvera peut-être aussi un sentiment d'amertume, surtout si elle avait réclamé un montant plus important : elle ne pourra s'empêcher de penser que le juge devait tenir son intérêt moral en bien piètre estime pour *ne* lui accorder *qu'un* franc. Par ailleurs, 'si l'analyse en termes de satisfaction peut exercer un certain attrait (car, tournée vers la victime, elle présente avec la réparation un point commun), elle est, à mieux y réfléchir, assez stérile. S'il est louable de dénoncer l'atteinte fautive aux droits ou intérêts d'autrui, c'est [...] parce qu'il est dans l'intérêt général – en non dans celui de la victime – d'affirmer l'autorité de la règle de droit. La déclaration de responsabilité clôt, certes, un litige entre deux individus, mais elle a surtout pour fonction de montrer au défendeur (ou à d'autres) qu'il ne pourra impunément récidiver'². A propos de ce dernier point, il est permis de douter de l'effet dissuasif de la réparation au regard du caractère lucratif de certaines fautes.

En substance, ce genre de condamnation repose sur une symbolique ambiguë et, sauf à forcer le sens des mots, est loin de représenter une véritable réparation.

Ces considérations nous conduisent à penser qu'il faudrait peut-être délaisser cette forme de 'réparation'. Et encourager l'allocation de dommages et intérêts plus substantiels?

158. En réalité, rien n'empêche les juges d'estimer à un meilleur prix l'honneur, la réputation ou la vie privée des individus. C'est ce qu'ils ont tendance à faire depuis quelques années comme on l'a vu. Le caractère souverain de leur appréciation du dommage moral leur laisse, en fait, toute latitude pour calculer à la hausse le montant des dommages et intérêts.

Ce système n'échappe cependant pas aux critiques. L'évaluation du préjudice moral résultant de l'atteinte à l'honneur ou à la réputation, de la violation du droit à la vie privée ou à l'image, etc. est malaisée et prête le flanc à l'arbitraire. Mais la difficulté est-elle moindre lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice esthétique, d'agrément, voire la perte d'un proche?³ A l'évidence, non. Cela étant, l'argent ne compense jamais la vraie souffrance morale. Il est inapte à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit et, à ce titre, la solution présente nécessairement un caractère contestable. Au demeurant, comment réparer *intégralement* par de l'argent ce qui, par essence, n'a pas d'équivalent pécuniaire⁴. L'octroi d'une somme d'argent sans rapport avec un préjudice inappréciable en argent s'explique difficilement au titre de la seule fonction réparatrice de la responsabilité civile. En un mot comme en cent, les atteintes aux droits de la personnalité ne sont pas vraiment réparables : 'les dommages et intérêts [...] peuvent bien compenser arbitrairement [le] dommage, peuvent bien aussi en limiter la portée, l'étendue et en empêcher l'aggravation; ils ne peuvent pas faire disparaître le préjudice déjà réalisé : les faits révélés de la vie privée resteront connus de personnes qui n'auraient pas dû les connaître'⁵. Par ailleurs, certains acceptent mal que la personne visée puisse s'enrichir par cette voie. Cette réticence se comprend ; à l'instar de ce qui se passe aux Etats-Unis, les sommes versées pourraient être affectées à des organismes de bienfaisance⁶.

1. J. MILQUET, 'La responsabilité aquilienne de la presse', *o.c.*, p. 101.

2. S. CARVAL, *o.c.*, pp. 30-31, n° 28.

3. Voir, à cet égard, Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 avril 2002, inédit, R.G. 2001/517/A.

4. G. VINEY, 'Les obligations. La responsabilité: effets', in J. GHESTIN (sous la dir. de), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 206, n° 152; E. MONTERO, 'La responsabilité civile des médias', *o.c.*, p. 128.

5. L. MARTIN, 'Le secret de la vie privée', *Rev. trim. dr. civ.*, 1959, p. 232.

6. S. CARVAL, *o.c.*, pp. 37-38, n° 34.

159. La situation actuelle, en ce qu'elle conduit les juges à se retrancher derrière leur pouvoir d'appréciation pour prononcer des peines privées, n'est pas acceptable. Dans un objectif de transparence, il faut souhaiter une intervention du législateur, voire du constituant.

Cette intervention pourrait prendre la forme d'une révision de la Constitution, et plus précisément de son article 150. En l'absence de poursuites pénales des délits de presse, on comprend que les juges civils s'estiment volontiers en devoir d'exercer une fonction dissuasive et punitive – normalement dévolue aux juridictions pénales – en allouant des montants relativement élevés. Mais comprendre n'est pas justifier. L'occasion nous est ainsi donnée de rompre une nouvelle lance en faveur d'une responsabilité pénale effective de la presse. Comme on le sait, pareille évolution passe sans doute par la correctionnalisation pure et simple de tous les délits de presse (sur ce point, voir aussi *supra*, n° 78 et les références citées).

Une autre piste éventuelle serait de *reconnaître officiellement* la notion de peine privée, ainsi que le suggère S. CARVAL¹. Le législateur – dont l'intervention est requise (art. 14 Const.) –, serait amené à en préciser le régime applicable, en fixant par exemple les critères d'évaluation du dommage moral résultant des atteintes aux droits de la personnalité. A cet effet, il pourrait reprendre certains critères déjà utilisés par les juges, en leur donnant cette fois une portée plus réaliste, tant il est vrai que leur utilisation dans une optique strictement indemnitaire laisse perplexe². Le critère par excellence serait celui de la gravité de la faute. Un tel système ferait certes place à la subjectivité des magistrats, mais faut-il douter de leur compétence à remplir cette fonction? L'astreinte – qui n'est rien d'autre qu'une peine privée consacrée par le législateur – est d'ailleurs régulièrement utilisée par les juges, notamment dans le contexte des médias pour les encourager à retirer de la vente certains exemplaires litigieux ou interdire de nouvelles publications.

§ 2. Les modes de réparation en nature

A. LA PUBLICATION DU JUGEMENT

160. Une majorité de victimes d'articles de presse portant atteinte à leurs droits de la personnalité demandent au juge la publication de la décision de condamnation dans un ou plusieurs périodiques aux frais du responsable³. Il s'agit là incontestablement d'une forme de réparation en nature. D'ordinaire, les juges accèdent à pareille demande, mais il leur arrive aussi de refuser toute publication. Ainsi, un Tribunal estima que 'ce type de mesure ne ferait qu'accroître la publicité donnée à l'ouvrage litigieux'; en revanche, il fit droit à la demande d'insertion d'un encart dans l'ouvrage en question⁴. Souvent, les juges refusent la publication dans *plusieurs* journaux, la victime devant se contenter d'une publication de la décision dans un seul journal, habituellement celui qui a publié l'article litigieux. Il est vrai

1. Thèse précitée. Voir aussi les réflexions de E. MONTERO, 'La responsabilité civile des médias', *o.c.*, pp. 127 et s.

2. Prenons le critère du nombre de lecteurs ou du tirage (sur ce point, voir S. CARVAL, *o.c.*, pp. 34 et s.). Il autorise une certaine évaluation du préjudice subi et permet de proportionner le montant aux profits réalisés par le journal. Mais faut-il pour autant considérer que le préjudice est deux fois plus important selon qu'il y a 10.000 ou 20.000 lecteurs? Il semble que non. Il n'y a pas de corrélation évidente entre le préjudice subi et le nombre de lecteurs. Par contre, ce système poursuit un objectif de dissuasion incontestable. Il faut reconnaître, en effet, que le montant alloué n'est pas fonction de l'importance du préjudice, mais de la gravité de la faute et que l'objectif n'est autre que la punition du coupable. Ainsi, on évite des situations pour le moins injustes dans lesquelles la victime d'un préjudice résultant d'une atteinte à l'honneur et à la réputation pourrait recevoir plus qu'une personne souffrant d'une préjudice esthétique ou ayant perdu un parent.

3. A ce sujet, voir L. VAN BUNNEN, 'La publication des jugements et arrêts', *J.T.*, 1957, p. 563.

4. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 sept. 2002, *AM*, 2002, p. 537.

que la publication dans plusieurs journaux, aux tarifs publicitaires en vigueur, peut s'avérer extrêmement coûteuse pour le journaliste condamné.

Ce moyen de réparation est particulièrement satisfaisant en matière de diffamation puisque le public – en particulier les lecteurs abusés – est informé de la fausseté des allégations émises de sorte que l'honneur de la victime est souvent rétabli à ses yeux.

Lorsque le préjudice résulte de la divulgation d'éléments relevant de l'intimité de la vie privée, l'efficacité et le caractère satisfaisant de la mesure sont plus aléatoires. Loin de réparer le dommage, celle-ci peut même contribuer à l'amplifier, en donnant une nouvelle publicité à des faits peut-être passés inaperçus ou en incitant les lecteurs à consulter l'article litigieux. Certains défenseurs ne manquent d'ailleurs pas de faire valoir cette considération. Il reste que, dans certains cas, la publication a le mérite d'indiquer clairement que l'atteinte n'était pas du goût de la victime et a eu lieu sans – voire contre – son consentement.

B. LE DROIT DE RÉPONSE

161. Le droit de réponse est couramment cité au titre des modes de réparation en nature¹. Cette qualification discutable participe de cette fâcheuse tendance à 'tout enrôler sous la bannière de la réparation en nature'². Nombre d'auteurs éminents ont dénoncé l'hypertrophie de ce concept fourre-tout³, où l'on range pêle-mêle une quantité aussi impressionnante qu'hétéroclite de mesures en tout genre⁴.

En réalité, il ne faut pas voir dans le droit de réponse une hypothèse de réparation en nature. L'exercice du droit de réponse intervient en amont d'une action éventuelle de mise en cause de la responsabilité civile de l'auteur de l'article litigieux. A ce stade, il s'agit toujours de prévenir la survenance du dommage ou de limiter celui-ci grâce aux vertus du débat contradictoire.

Si le droit de réponse était un mode de réparation en nature, il faudrait en conclure que l'action ultérieure en responsabilité civile deviendrait sans objet puisque, par hypothèse, il n'y aurait plus de dommage à réparer. Or, il n'en est rien : la publication de la réponse ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action de mise en cause de la responsabilité civile de l'organe de presse. En revanche, rien n'empêche le juge de prendre en compte la publication de la réponse dans le cadre de son pouvoir d'appréciation de l'étendue du dommage réparable et d'estimer qu'elle a contribué – fût-ce modestement – à limiter ce dernier.

En sens inverse, il convient de préciser que l'exercice préalable d'un droit de réponse n'est pas une obligation légale ; par conséquent, le fait de ne pas faire usage de son droit de réponse ne prive pas la victime du droit de réclamer des dommages et intérêts⁵. Le droit de réponse étant une simple faculté, et non une obligation, il ne peut lui être fait grief de ne pas avoir ainsi limité son dommage⁶.

1. P. ex., F. JONGEN, 'Tendances récentes de développement de la responsabilité civile des médias écrits et audiovisuels', *o.c.*, p. 201, n° 27.

2. P. WÉRY, *L'exécution en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 144, n° 108.

3. Parmi d'autres, voir surtout M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974.

4. Voir la longue liste d'exemples cités par P. WÉRY, *ibidem*, p. 143.

5. Civ. Liège (6^e ch.), 21 sept. 1999, précité ; Bruxelles (9^e ch.), 5 févr. 1999, précité.

6. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 nov. 1999, *AM*, 2000, p. 117.

Chapitre 3. Imputabilité de la responsabilité

162. Dans les médias de masse, la diffusion de l'information suppose le concours d'une pluralité d'intervenants. Ainsi, dans le secteur de la presse écrite, on songe, aux côtés des auteurs (journalistes...), à l'éditeur, voire à l'imprimeur, ainsi qu'aux divers maillons de la chaîne de distribution. Ainsi encore, dans la 'société de l'information' – dont l'internet est un vecteur majeur –, la fourniture des services (forums de discussion, sites web...) suppose l'intervention de multiples acteurs, tels les titulaires de sites, fournisseurs d'accès, prestataires d'hébergement, opérateurs et gestionnaires de réseaux, fournisseurs d'annuaires ou de moteurs de recherche, etc.

Jusqu'ici, nous nous sommes attachés à exposer la substance des règles relatives à la responsabilité civile des médias. Il s'agit à présent d'examiner les principes relatifs à la désignation des personnes qui, parmi les différents intervenants, sont susceptibles de supporter une responsabilité du chef d'informations litigieuses.

163. Le chapitre se subdivise en deux sections. La première étudie le régime de responsabilité en cascade prévu à l'article 25, alinéa 2, de la Constitution, dont on sait qu'il s'applique en matière de presse écrite et dont on peut se demander s'il est susceptible de viser aussi la presse audiovisuelle et électronique. Une deuxième section examine la question de l'imputabilité de la responsabilité dans la 'société de l'information', en faisant la part belle à la présentation et à l'analyse des nouvelles dispositions consacrées en la matière par la récente loi du 11 mars 2003.

SECTION 1. LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ EN CASCADE

164. L'article 25, alinéa 2, de la Constitution dispose: 'Lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi'.

Pendant longtemps, la doctrine a été divisée sur la question de savoir si le principe de la responsabilité en cascade s'applique seulement en matière pénale¹

1. R.O. DALCO, *Traité*, t. 1, 2^e éd., 1967, pp. 420-421, n^{os} 1246-1247; J. MILQUET, 'La responsabilité aquilienne de la presse', *Ann. Dr.*, 1989/1, p. 38; F. JONGEN, 'Vers un tarissement de la cascade de la responsabilité de la presse?', obs. sous Civ. Bruxelles, 27 nov. 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1005.

ou vise tant l'action civile que l'action publique¹. Le même clivage se retrouvait en jurisprudence².

Comme l'on sait, par un arrêt du 31 mai 1996, la Cour de cassation a eu l'occasion de réaffirmer, en des termes particulièrement nets, que la responsabilité en cascade prévue par l'article 25, alinéa 2, de la Constitution s'applique non seulement en matière répressive mais aussi en matière civile³. Cette position a été approuvée par la plupart des commentateurs⁴ et, à quelques exceptions près⁵, les juges de fond s'y sont également ralliés⁶.

Pour comprendre le bien-fondé de cette solution, il faut cerner la portée exacte de la règle de la responsabilité en cascade et en préciser le champ d'application (§ 1^{er}). Après quoi, il est permis de s'interroger sur l'extension du principe à l'audiovisuel et à l'internet (§ 2).

§ 1. Application en matière civile

165. On s'attache, d'abord, à dégager la portée, l'origine et la *ratio legis* du principe de la responsabilité en cascade (A), ensuite, à en préciser le champ d'application (B), enfin, à examiner l'articulation du principe constitutionnel avec les dispositions légales relatives à la responsabilité du préposé (C).

1. M. HANOTIAU, *Droit de l'information et de la communication*, vol. 1, 6^e éd., Bruxelles, 1995-1996, pp. 34 et s.; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 2^e éd. revue et mise à jour, Travaux de la Faculté de Droit de l'U.C.L., Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 66, n° 57; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, 2^e éd. revue et mise à jour, Coll. *A la rencontre du droit*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993, p. 191; J.-M. VAN BOL, 'Presse et liberté d'expression', *Ann. Dr.*, 1980, p. 231; F. PERIN, *Cours de droit constitutionnel*, Livre I, Presses Universitaires de Liège, 1979, p. 105; P. DE VISSCHER, *Droit public*, I, U.C.L., 1972-1973, p. 195; P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 358, n° 229; O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. III, Liège-Paris, Dessain-Giart et Brière, 1911, p. 453, n° 186.
2. Décisions défavorables à l'application de la responsabilité en cascade en matière civile: Liège (19^e ch.), 12 févr. 1997, *J.T.*, 1997, p. 298; Civ. Bruxelles, 8 oct. 1996, *AM*, 1997, p. 71; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 2 avril 1996, R.G. N° 92/11945/A; Gand (9^e ch.), 14 mars 1995, *AM*, 1996, p. 159; Liège, 14 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 954, *Journ. proc.*, n° 283, 1995, p. 24; Civ. Bruxelles (20^e ch.), 13 sept. 1994, *J.T.*, 1995, p. 9; Bruxelles (1^{re} ch.), 15 sept. 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 850; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 2 juill. 1993, *AM*, 1996, p. 161; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 mars 1993, *J.T.*, 1993, p. 579; Civ. Bruxelles (4^e ch.), 27 nov. 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1001, obs. F. JONGEN; Civ. Bruxelles, 28 déc. 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 672; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 déc. 1987, *J.T.*, 1988, p. 500; Civ. Bruxelles (9^e ch.), 29 juin 1987, *J.T.*, 1987, p. 685; Civ. Charleroi, 1^{er} avril 1982, *R.R.D.*, n° 21, 1982, p. 214; Comm. Charleroi (3^e ch.), 11 févr. 1982, *J.T.*, 1983, p. 506; Civ. Liège (1^{re} ch.), 20 mars 1980, *J.T.*, 1980, p. 437; Comm. Bruxelles, 14 sept. 1978, *J.T.*, 1978, p. 667.
Décisions favorables à une application de la responsabilité en cascade en matière civile: Bruxelles (8^e ch.), 30 mai 1996, *AM*, 1997, p. 79; Anvers (1^{re} ch.), 6 mars 1991, *R.G.A.R.*, 1994, 12304; Comm. Bruxelles (prés.), 1^{er} mars 1991, *D.A.O.R.*, n° 21, 1991, p. 89, note D. VOORHOOF; Civ. Liège (7^e ch.), 28 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 264, obs. F. JONGEN.
3. Cass. (1^{re} ch.), 31 mai 1996, *J.T.*, 1996, p. 597, avec les concl. conf. de l'avocat général LECLERCQ, *R.W.*, 1996-1997, p. 565, *AM*, 1996, p. 362, obs. F. JONGEN, *R.C.J.B.*, 1998, p. 357 et note M. HANOTIAU, 'La responsabilité en cascade en matière civile'; *R. Cass.*, 1996, p. 389 et le commentaire de D. VOORHOOF, 'De regel van de getrapte verantwoordelijkheid: van de 19de naar de 21ste eeuw?' (pp. 385-389).
4. Voir, not., M. HANOTIAU, *o.c.*, *R.C.J.B.*, spéc. p. 370 et p. 381; D. VOORHOOF, *o.c.*, *R. Cass.*, spéc. p. 387; E. MONTERO, 'La responsabilité civile des médias', in A. STROWEL et F. TULKENS (sous la dir. de), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, spéc. p. 97.
5. Civ. Gand (4^e ch.), 22 nov. 1999, *AM*, 2000, p. 148, note D.V.; Liège (19^e ch.), 12 févr. 1997, *J.T.*, 1997, p. 298. Plusieurs décisions font mine d'ignorer l'arrêt du 31 mai 1996 de la Cour de cassation: Bruxelles (9^e ch.), 18 févr. 2001, *AM*, 2002, p. 282, *Journ. proc.*, n° 411, 2001, p. 22; Bruxelles (9^e ch.), 5 févr. 1999, *Journ. proc.*, n° 367, 1999, p. 26.
6. Voir, p. ex., Civ. Bruxelles (14^e ch.), 12 févr. 2002, *AM*, 2002, p. 456 (en l'espèce, l'action était dirigée contre le distributeur étant donné que ni l'auteur ni l'éditeur n'étaient domiciliés en Belgique); Civ. Bruxelles (14^e ch.), 28 oct. 1999, *AM*, 2000, p. 113; Civ. Liège (6^e ch.), 21 sept. 1999, *Journ. proc.*, n° 384, 2000, p. 29, *AM*, 2000, p. 155; Civ. Bruxelles (réf.), 14 juin 1999, *AM*, 2000, p. 111 (action dirigée contre le distributeur étant donné que l'auteur et l'éditeur ne sont pas domiciliés en Belgique et que l'imprimeur n'est pas identifiable); Civ. Bruxelles, 4 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2000/37, p. 1617; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 196, *AM*, 2000, p. 96; Liège, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 9; Civ. Bruxelles, 9 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999/21, p. 909; Liège, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 9; Civ. Liège, 24 juin 1997, *AM*, 1997, p. 319; Civ. Liège, 21 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 814.

A. SIGNIFICATION DU PRINCIPE

166. Le principe de la responsabilité en cascade est bien connu: il établit une imputabilité successive, en manière telle que la responsabilité est toujours centrée sur une seule personne: l'auteur d'abord, à condition qu'il soit connu et domicilié en Belgique, à défaut l'éditeur, à défaut l'imprimeur, à défaut le distributeur.

L'idée est que ceux qui n'ont pas participé à la rédaction du texte ne devraient encourir aucune responsabilité. Il s'agit là d'une garantie essentielle de la liberté de la presse, dont l'objectif est d'éviter la censure interne de la presse par les éditeurs, imprimeurs et distributeurs: en effet, s'ils avaient été exposés en permanence à une mise en cause de leur responsabilité au titre de complices de la publication d'un écrit litigieux, c'est tout naturellement qu'ils auraient été tentés, par crainte de procès en responsabilité, d'exercer une pression sur les auteurs, de les censurer ou de leur refuser leur concours¹. Sous le régime hollandais, en effet, les procès en responsabilité mettant en cause éditeurs et imprimeurs étaient fréquents car prévalait un système de responsabilité cumulative. C'est en réaction à ces dérives que le Constituant de 1830 a instauré un régime de responsabilité en cascade afin d'affirmer et de garantir efficacement la liberté d'expression et de presse.

Le système de la responsabilité en cascade constitue précisément une dérogation aux règles relatives à la participation criminelle, qui doit permettre aux auxiliaires de la presse d'échapper, en principe, à toute responsabilité. Telle est, indubitablement, la *ratio legis* de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution. Aussi la logique commande-t-elle que le système s'applique également en matière civile par identité de motifs.

Sans doute n'a-t-on pas suffisamment perçu l'incohérence de la situation antérieure à l'arrêt du 31 mai 1996. En effet, il était généralement admis tout à la fois, d'une part, que les auxiliaires de la presse doivent être à l'abri de poursuites pénales, d'autre part, que '*le seul fait de la publication d'un écrit engage la responsabilité [civile] de l'éditeur, de l'imprimeur et du distributeur, même si l'auteur est connu et indépendamment de toute coopération à la rédaction de l'écrit, lorsqu'il est établi qu'un manque de contrôle ou de surveillance sur la publication a entraîné un préjudice pour autrui*'². Cela revenait à imposer, sur le terrain du droit civil, une rigoureuse obligation de contrôle et de surveillance, alors que la solution adoptée sur le terrain du droit pénal vise précisément à empêcher pareille attitude.

Il paraît clair que, dans l'esprit du Constituant, le principe de la responsabilité en cascade s'applique même si une aide a été apportée en connaissance de cause par l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur, et même s'ils avaient connaissance du caractère délictueux de la publication. Sauf à se mettre gravement en contradiction avec soi-même, on ne saurait admettre qu'ils échappent en principe aux poursuites pénales, mais engagent leur responsabilité civile au seul motif qu'ils ne se sont pas opposés à la publication de l'écrit incriminé ou qu'ils se seraient abstenus d'exercer un contrôle et, en définitive, une censure³.

167. En décidant, par son arrêt du 31 mai 1996, que le régime de la responsabilité en cascade s'applique à l'action civile comme à l'action pénale, la Cour de

1. Voir, à cet égard, l'excellente motivation de Civ. Liège, 28 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 264.

2. Souligné par nous. Cf., not., Liège (19^e ch.), 12 févr. 1997, *J.T.*, 1997, p. 298; Liège (7^e ch.), 14 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 954; Gand, 3 mars 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 540; Civ. Bruxelles (20^e ch.), 13 sept. 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 955, *J.T.*, 1995, p. 9; Civ. Bruxelles (4^e ch.), 27 nov. 1992, *J.L.M.B.*, p. 1001, obs. F. JONGEN; Civ. Bruxelles, 23 mars 1993, *J.T.*, 1993, p. 579; Civ. Bruxelles (4^e ch.), 28 déc. 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 672. En doctrine, voir R.O. DALCQ, *Traité*, vol. 1, 2^e éd., 1967, n° 1247; J. MILQUET, 'La responsabilité aquilienne de la presse', *o.c.*, p. 38.

3. A ce sujet, M. HANOTIAU, *o.c.*, *R.C.J.B.*, p. 370, n° 3, *in fine*, et les références jurisprudentielles citées. A titre d'exemple d'une décision confuse et inconciliable avec les principes exposés au texte, voir Civ. Marche, 7 juill. 1939, *Bull. ass.*, 1940, p. 53.

cassation n'a fait en réalité que confirmer sa jurisprudence établie depuis un arrêt du 24 janvier 1863¹. On a pu croire que la Cour était revenue entre-temps sur sa position. La formulation utilisée dans certains de ses arrêts prêtait, il est vrai, à confusion: 'Attendu que la Constitution, en consacrant la liberté de la presse et partant la liberté de critique de la presse, n'apporte aucune restriction au principe fondamental inscrit dans l'article 1382 du Code civil'². En réalité, il faut comprendre que le régime de l'article 25, alinéa 2, concerne uniquement la désignation des personnes susceptibles d'être déclarées responsables, sans déroger, sur le fond, au principe déposé dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. Il reste que, dans cette (seule) mesure, la disposition constitutionnelle apporte une restriction – notable! – à l'applicabilité des articles précités du Code civil³. C'est ce qu'exprime l'arrêt du 31 mai 1996 en des termes cette fois plus heureux.

Précisons encore que le principe de la responsabilité en cascade n'empêche évidemment pas l'éditeur d'assumer volontairement la responsabilité d'écrits incriminés, et ce, même si l'auteur est connu et domicilié en Belgique⁴.

B. CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE

168. La délimitation du domaine de la responsabilité en cascade permet d'en nuancer quelque peu le principe. Tout d'abord, il ne s'applique qu'aux délits de presse (1), ensuite, il ne fait pas obstacle à ce que l'éditeur, l'imprimeur et/ou le distributeur engagent leur responsabilité dans certaines circonstances particulières (2).

1. Il faut un 'délit de presse'

169. Il importe de ne pas perdre de vue que le principe de la responsabilité en cascade ne s'applique pas à toute faute civile quelconque commise dans le cadre des médias, mais uniquement aux 'délits de presse'.

Sans revenir en détail sur cette notion (*supra*, livre 26, vol. 1, n° 80), il n'est pas inutile de rappeler qu'elle désigne des infractions *ordinaires* commises par voie de presse (calomnie, diffamation...), et non la violation de règles spécifiques ressortissant au domaine de *la police de la presse* (dispositions relatives au droit de réponse, à l'affichage, à la distribution de tracts, etc.)⁵. Encore faut-il que soient réunis les différents éléments constitutifs de la notion: la manifestation d'une opinion, de nature délictueuse, ayant reçu une publicité suffisante, au moyen de la presse. Même s'il mériterait, à lui seul, un long développement, contentons-nous de préciser que le terme 'presse' fait référence à des *écrits imprimés*, ce qui implique le recours à 'un procédé permettant la reproduction mécanique, au départ d'un seul et même moule ou d'une seule et même empreinte, de plusieurs exemplaires d'un même corps d'écriture'⁶. On note, au passage, que l'écrit suppose 'un corps d'écriture', c'est-à-dire un texte, même très court, apte à exprimer une pensée ou une opinion, et que, selon l'opinion – contestable – de la Cour de cassation, tel n'est pas le cas d'une image (un dessin, une photo...) qui

1. Cf. Cass., 24 janv. 1863, *Pas.*, 1864, I, p. 110, avec les concl. conf. du premier avocat général FAIDER; Cass., 14 juin 1883, *Pas.*, 1883, p. 267, avec les concl. conf. du procureur général M. FAIDER.

2. Cass., 4 déc. 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 215. Sur les différents arrêts de la Cour de cassation et les difficultés d'interprétation qu'ils ont pu susciter, voir M. HANOTIAU, *o.c.*, *R.C.J.B.*, pp. 365 et s.

3. Comp. D. VOORHOOF, 'De regel van de getrapte verantwoordelijkheid...', *o.c.*, p. 387, n° 4.

4. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 10 mars 1998, *AM*, 1998/4, p. 377; Civ. Namur (1^{re} ch.), 17 nov. 1997, *J.T.*, 1998, p. 187.

5. Sur la notion de délit de presse, voir, en particulier, l'étude de M. HANOTIAU, 'Le délit de presse: insolite, arbitraire et fragile', *Journ. proc.*, n° 169, 1990, pp. 35-38.

6. Cass., 20 juill. 1966, *Pas.*, 1966, 1406, rejetant le pourvoi formé contre un arrêt contenant le formule reproduite au texte.

n'est que la représentation d'un objet matériel et ne manifeste pas directement une pensée ou une opinion¹.

En substance, suivant une formule condensée de la Cour de cassation, 'les délits de presse sont des délits qui portent atteinte aux droits de la société ou des citoyens, commis en exprimant abusivement des opinions dans des écrits imprimés et publiés'².

170. Deux conséquences découlent de ce qui précède.

Primo, le système de protection constitutionnelle des délits de presse – dont fait partie le régime de responsabilité en cascade – trouve à s'appliquer uniquement dans les cas où la presse se rend coupable d'un abus de la liberté d'expression. Dans les situations où la presse commet un fait dommageable, sans faire usage de la liberté d'expression des opinions, par exemple un acte de concurrence déloyale, une violation de règles interdisant ou réglementant certaines formes de publicité, une contrefaçon d'œuvre protégée par des droits d'auteur...³, l'article 25 ne s'applique pas⁴.

Secundo, le principe de la responsabilité en cascade est étranger aux 'nouveaux' moyens de communication (radio, télévision, cinéma...) étant donné qu'ils ne sont pas des modes d'expression par des écrits imprimés (*infra*, § 2, n^{os} 177 et s.).

2. Des cas de co-responsabilité

171. L'économie générale du système implique que l'éditeur, l'imprimeur et le distributeur soient restés dans les limites de leur rôle – de simples auxiliaires –, se bornant à prêter matériellement leur concours aux auteurs. Le principe de l'imputabilité personnelle – pénale et civile – recouvre tous ses droits lorsqu'ils s'immiscent dans le travail de rédaction, en participant à l'élaboration du texte, en le modifiant ou en y apportant des retouches⁵; dans ce cas, ils ne sont plus considérés comme complices mais comme *coauteurs*, et, à ce titre, ils ne peuvent naturellement plus se décharger de leur responsabilité sur l'auteur de l'écrit litigieux⁶.

Cette interprétation de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution est de nature à renforcer efficacement l'objectif de la responsabilité en cascade – c'est-à-dire la prévention de la censure privée de la part de l'éditeur – et, partant, l'autonomie des auteurs et journalistes. Ainsi compris, il apparaît comme une invitation faite aux auxiliaires de la presse à ne pas s'immiscer dans le contenu des publications. Il ne peut pas leur être reproché d'avoir manqué à leur supposée obligation de vérification ou de surveillance. Dès lors qu'ils s'abstiennent de toute intervention, ils n'ont pas à craindre la mise en cause de leur responsabilité. En revanche, s'ils

1. Cass., 2 mars 1964, *Pas.*, 1964, p. 697; Cass., 9 janv. 1973, *Pas.*, p. 455; Cass., 18 sept. 1973, *Pas.*, 1974, p. 46. Au niveau des juridictions de fond, voir, p. ex., Bruxelles, 18 oct. 2001, *AM*, 2002, p. 167 (photographie); Civ. Bruxelles, 20 mai 1997, *R.G.D.C.*, 1999/2, p. 138 (image d'un bien); Civ. Bruxelles, 27 nov. 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1001, obs. F. JONGEN (photographie).

2. Cass., 11 déc. 1979, *Pas.*, 1980, p. 452; Cass., 21 oct. 1981, *Pas.*, 1982, p. 259; Cass., 9 oct. 1985, *Pas.*, 1986, p. 131.

3. Voir, not., Anvers (réf.), 8 févr. 1999, *AM*, 1999, p. 241, note D. VOORHOOF, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 789, note D. VOORHOOF; Bruxelles, 21 juin 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 579, note A. PUTTEMANS, *AM*, 1997, p. 75, note F. JONGEN; Liège, 14 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 954; Comm. Bruxelles, 26 févr. 1948, *J.T.*, 1948, p. 409, note G. VAN HECKE.

4. Sur ce point, voir M. HANOTIAU, *o.c.*, *R.C.J.B.*, p. 380, n^o 7, citant SCHUERMANS, *Code de la presse*, 2^e éd., t. 2, 1882, p. 17.

5. En jurisprudence, voir déjà Liège, 9 juill. 1936, *B.J.*, 1937, p. 246 (jugé qu'en retouchant l'article, l'éditeur s'en est rendu coauteur et doit, à ce titre, en supporter les conséquences dommageables).

6. M. DEVAUX aurait déclaré au Congrès qu'en matière de presse, 'il peut y avoir des coauteurs, mais pas de complices'. Cf. O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. III, Liège-Paris, Dessain-Giart et Brière, 1911, p. 455, auquel renvoie M. l'avocat général Leclercq dans ses conclusions précédant l'arrêt du 31 mai 1996. Dans le même sens, P. WIGNY, *o.c.*, p. 356, n^o 228; P. DE VISSCHER, *o.c.*, p. 195.

coopèrent à la rédaction de l'écrit, ils acquièrent la qualité de coauteurs et, partant, leur responsabilité peut être engagée du chef de publication illicite¹.

172. Au-delà, la responsabilité de l'éditeur paraît pouvoir être retenue également dans des situations où, sans coopérer directement à la rédaction de l'écrit proprement dit, il peut se voir imputer une faute distincte de celle commise par l'auteur, liée à tout ce qui entoure l'article, tout en ne constituant pas en soi l'expression d'une opinion.

C'est l'enseignement qui paraît se dégager d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2000. En l'espèce, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que les éditeurs de la publication incriminée avaient contribué, par une publicité tapageuse, à la faute apparente de l'auteur et avaient de la sorte aggravé le dommage de la victime. Cette analyse n'a pas été contredite par la Cour de cassation: 'Attendu qu'il résulte de ces énonciations de l'arrêt que la Cour d'appel, qui a considéré que tout le dommage de la défenderesse n'est pas dû à la faute de l'auteur de l'article litigieux, a nécessairement décidé que la publicité tapageuse donnée à cet article par les demandeurs constitue une faute distincte de celle de l'auteur'².

Cet arrêt vient opportunément tempérer les principes établis par l'arrêt du 31 mai 1996.

173. Pour résumer le propos, il nous apparaît que l'hypothèse nouvellement envisagée se situe quelque part entre deux autres hypothèses dans lesquelles, suivant des solutions admises de longue date, la responsabilité de l'éditeur peut être retenue à côté de celle de l'auteur.

Premier cas de figure: l'éditeur commet une infraction à une des règles relevant du domaine de la police de la presse (*supra*, n° 169); dans ce cas, il n'y a pas de délit de presse *proprio sensu* et le principe de la responsabilité en cascade ne s'applique pas; l'éditeur peut être déclaré responsable selon les règles du droit commun.

Deuxième cas de figure: l'éditeur peut être tenu pour responsable en sa qualité de co-auteur de l'article litigieux s'il est attesté *in concreto*³ qu'il a coopéré directement à la rédaction de l'écrit lui-même⁴.

Troisième cas de figure: sans avoir la qualité d'auteur ou de co-auteur (à défaut d'avoir commis une faute dans l'expression d'une opinion), l'éditeur peut également voir sa responsabilité engagée dans des situations où il commet une faute, distincte de celle de l'auteur, liée à la présentation de l'écrit litigieux: choix des titres des articles ou des chapeaux, des photos et des légendes sous celles-ci, mise en page, encarts destinés à mettre certains extraits en exergue, voire campagne de publicité organisée...⁵⁻⁶

En admettant qu'auteur et éditeur peuvent être condamnés ensemble, pour fautes distinctes, cette jurisprudence conduit à nuancer les critiques formulées à

1. En ce sens, D. VOORHOOF, *o.c.*, p. 386. En jurisprudence, voir, p. ex., Civ. Liège (6^e ch.), 21 sept. 1999, *Journ. proc.*, n° 384, 2000, p. 29, *AM*, 2000, p. 155.

2. Cass., 29 juin 2000, *Journ. proc.*, n° 398, 2000, p. 24 et note F. TULKENS et A. STOWEL, *J.L.M.B.*, n° 37, 2000, p. 1589, note F. JONGEN, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13473.

3. On ne saurait donc déduire la qualité de coauteur de l'éditeur du seul fait qu'il a laissé publier l'article incriminé, transgressant ainsi un supposé devoir de contrôle du contenu, sans mettre à mal tout le système de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution.

4. Voir, not., Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 196, *AM*, 2000, p. 96, *J.L.M.B.*, 1999/21, p. 921 (commentaire non signé de la rédaction sous un droit de réponse); Civ. Bruxelles (14^e ch.), 10 mars 1998, *AM*, 1998/4, p. 377, *J.L.M.B.*, 1999/21, p. 901 (jugé, en l'espèce, après un rappel des principes exposés au texte, qu'il n'est pas établi que l'éditeur serait coauteur de l'écrit litigieux, 'ayant participé directement et principalement à son élaboration').

5. Civ. Liège (7^e ch.), 12 sept. 2001, *AM*, p. 193 (cette décision se réfère explicitement à l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2000, sans toutefois convaincre que la solution établie par cet arrêt trouve à s'appliquer *in casu*); Civ. Bruxelles (14^e ch.), 25 avril 2000, *Journ. proc.*, n° 406, 2001, p. 24; Civ. Liège, 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1125; Liège, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 9.

6. Sur l'ensemble de la question, comp. F. JONGEN, obs. sous Cass., 29 juin 2000, *o.c.*, p. 1593; F. TULKENS et A. STOWEL, obs. sous Cass., 29 juin 2000, *o.c.*, p. 29.

l'encontre du régime de la responsabilité en cascade: son caractère suranné, inadapté à l'évolution des pratiques de la presse et son excessive rigueur à l'égard des journalistes condamnés à supporter seuls une responsabilité qui, en toute justice, devrait incomber aussi à ceux qui définissent la ligne rédactionnelle et la politique commerciale du journal.

Il reste que, s'il se justifie à l'égard de l'imprimeur et du distributeur, le système de la responsabilité en cascade ne s'impose nullement en ce qui concerne l'éditeur. A cet égard, il serait opportun de le reconsidérer¹.

C. L'INCIDENCE DU LIEN DE PRÉPOSITION

174. On se demande à présent s'il peut être admis que l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, combiné avec l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail, priment sur l'article 25, alinéa 2, de la Constitution.

La question est de savoir si, dès l'instant où un journaliste a la qualité de préposé (au sens de l'art. 1384 C. civ.), sa faute est susceptible d'engager, outre sa responsabilité personnelle, celle de l'éditeur en sa qualité de commettant. Encore faut-il aller plus loin et se demander si le journaliste engagé dans les liens d'un contrat de travail ne bénéficie pas de l'article 18 de la loi sur le contrat de travail de sorte qu'il devrait échapper aux conséquences de sa faute légère occasionnelle².

175. Réprouvée par la quasi unanimité de la doctrine³, cette thèse est largement répandue en jurisprudence⁴. On ne s'étonnera guère qu'y soient particulièrement attachés les juges favorables à la non-application du principe de la responsabilité en cascade en matière civile. Ils y trouvent, en effet, un moyen d'éluider le principal enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1996. Tout se passe, dans l'argumentation de certains juges, comme s'il s'agissait de concilier, d'une part, l'article 25 de la Constitution, d'autre part, les articles 1384 du Code civil et 18 de la loi sur le contrat de travail, ce qui les conduit à considérer que la qualité de préposé l'emporte sur celle du journaliste par l'effet de la subordination dans laquelle se trouve ce dernier par rapport à l'éditeur, lequel seul doit pouvoir être inquiété sur la base de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil.

Leur raisonnement pourrait être décomposé comme suit: 1^o) conformément à l'article 25 de la Constitution, c'est au journaliste à endosser la responsabilité pour délit de presse, 2^o) si le journaliste se trouve dans les liens d'un contrat de travail l'unissant à l'éditeur et s'il n'a commis qu'une faute occasionnelle, il doit pouvoir bénéficier de l'article 18 de la loi sur le contrat de travail qui crée une immunité absolue de responsabilité à l'égard des tiers comme de l'employeur⁵; 3^o)

1. Pour un plaidoyer en ce sens, P. ROBERT, 'La responsabilité civile du journaliste', *AM*, 2000, pp. 18 et s., spéc. pp. 25-26.

2. Pour mémoire, l'article 18 est rédigé comme suit: 'En cas de dommages causés par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol et de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel'.

3. Voir, parmi d'autres, M. HANOTIAU, *o.c.*, *R.C.J.B.*, p. 383; P. ROBERT, *o.c.*, pp. 21 et s.; D. VOORHOOF, *o.c.*, *R. Cass.*, p. 386. Voir toutefois, en sens contraire, C. DOUTRELEPONT et D. FESLER, 'La presse et le droit', in 'La presse, pouvoir en devenir', *Rev. U.L.B.*, 1996/3-4, pp. 200-201. Comp. H. VANDENBERGHE, 'Over persaansprakelijkheid', *T.P.R.*, 1993/3, pp. 848 et s., spéc. p. 852.

4. Voir, p. ex., Bruxelles (9^e ch.), 18 févr. 2001, *AM*, 2002, p. 282, *Journ. proc.*, n° 411, 2001, p. 22, note Ph. T.; Bruxelles (9^e ch.), 9 nov. 2001, *J.T.*, 2002, p. 167; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 138; Civ. Liège (7^e ch.), 15 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 160; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 nov. 1999, *AM*, 2000, p. 117, obs. S.-P. DE COSTER; Gand (6^e ch.), 29 juin 1998, *AM*, 1999, p. 87; Bruxelles (9^e ch.), 5 févr. 1999, *AM*, 1999/2, p. 274, obs. F. RINGELHEIM, *Journ. proc.*, n° 367, 1999, p. 26, obs. F. JONGEN, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13296, note R.-O.D.; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 10 mars 1998, *AM*, 1998, p. 377, *J.L.M.B.*, 1999, p. 901 (réouverture des débats sur ce point); Liège, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 9; Gand (9^e ch.), 14 mars 1995, *AM*, 1996, p. 159; Civ. Bruxelles (20^e ch.), 13 sept. 1994, *J.T.*, 1995, p. 9.

5. On notera un effet pervers de la solution: pour éviter une contradiction entre les deux dispositions citées au texte, le juge risque d'être naturellement tenté de retenir une 'faute lourde' ou une 'faute légère habituelle' dans le chef du journaliste mis en cause. En ce sens, S.-P. DE COSTER, note sous Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 nov. 1999, *AM*, 2000, p. 124.

il reste alors à retenir la responsabilité de l'éditeur en sa qualité de commettant. Au total, on aurait ainsi respecté toutes les dispositions, tout en évitant, d'une part, que tous les acteurs de la presse bénéficient d'une complète exonération de fait, d'autre part, que la demande de la victime soit en toute hypothèse déclarée irrecevable¹.

176. Cette analyse perd de vue que les dispositions concernées s'inscrivent dans des logiques différentes et, en définitive, irréconciliables. L'article 25 de la Constitution tend à sauvegarder l'*autonomie* de l'auteur, dans la mesure où il a besoin du concours des auxiliaires de la presse pour pouvoir manifester ses idées et opinions. Tout au contraire, les articles 1384 du Code civil et 18 de la loi sur le contrat de travail assurent une protection du préposé dans un contexte de subordination et de dépendance. En réalité, loin de chercher à concilier ces dispositions, il faut considérer que l'article 18 de la loi sur le contrat de travail et l'article 1384 du Code civil ne sont pas applicables au journaliste sous contrat de travail. Comme toute loi, ces dispositions légales doivent être interprétées et mises en œuvre conformément à la Constitution. Or cette dernière prévoit que les auteurs/journalistes sont seuls responsables de leurs publications²; ils ne sauraient donc se soustraire à cette responsabilité en invoquant l'article 18 de la Constitution ou l'article 1384 du Code civil. Bref, c'est la qualité d'auteur (et le régime prévu par le texte constitutionnel) qui l'emporte sur celle de préposé ou d'employé (et le régime de faveur prévu par les textes de loi).

On ajoutera que, si la Cour de cassation a estimé, dans son arrêt du 31 mai 1996, que l'article 25, alinéa 2, de la Constitution apportait une restriction à l'article 1382 du Code civil, *dans la mesure où* il rend l'auteur seul responsable de ses publications, on comprendrait mal que la même restriction ne soit pas apportée à l'article 1384 du Code civil et l'article 18 de la loi sur le contrat de travail³.

§ 2. *Élargissement du domaine de la responsabilité en cascade*

A. L'AUDIOVISUEL

177. Les moyens de communication audiovisuels (radio, télévision...) sont exclus du bénéfice des dispositions constitutionnelles relatives à la presse au motif qu'ils ne sont pas des modes d'expression de la pensée par des écrits imprimés. Telle est la position de la Cour de cassation⁴, généralement suivie par les juridictions de fond⁵.

Toutefois, prônant une interprétation extensive/évolutive du délit de presse et des articles 25 et 150 de la Constitution, quelques décisions ont considéré que les

1. Sur ce dernier point, voir H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 852.

2. Pourvu que l'éditeur, l'imprimeur et le distributeur aient apporté une collaboration purement matérielle, à l'exclusion de toute participation directe à la rédaction de l'écrit litigieux.

3. En ce sens, M. HANOTIAU, *o.c.*, *R.C.J.B.*, p. 382 et, en jurisprudence, Civ. Bruxelles (14^e ch.), 28 oct. 1999, *AM*, 2000, p. 113, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13340.

4. Cass., 9 déc. 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 482.

5. Voir, p. ex., Civ. Liège (14^e ch.), 24 avril 2002, *Journ. proc.*, n° 437, 2002, p. 29, note Ph. T.; Bruxelles (12^e ch.), 14 janv. 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 995, obs. F. JONGEN: 'en l'état actuel de la jurisprudence au plus haut degré, (...) le régime de la radio et de la télévision n'est pas déterminé par les articles 25 et 150 de la Constitution'. Voir aussi, not., Civ. Liège (réf.), 3 mai 1992, cité par F. JONGEN, 'Droit des médias. Chronique annuelle de jurisprudence', *Journ. proc.*, n° 225, 1992, p. 21.

protections constitutionnelles de la presse doivent s'interpréter comme visant également la radio et la télévision¹.

La doctrine est également partagée entre partisans² et adversaires³ de la thèse extensive.

178. Le nœud de la question est de savoir si les rédacteurs de l'article 25 de la Constitution ont entendu protéger uniquement la presse écrite, privilégiant ainsi un seul 'vecteur' de la liberté d'opinion ou si, en visant la presse écrite, ils ont prétendu garantir, plus largement, la liberté d'opinion elle-même, quels que fussent les moyens de diffusion utilisés.

Selon une opinion, l'article 25 vise non seulement la presse organisée (soit la presse écrite), mais aussi tout écrit reproduit en grand nombre par le procédé de l'impression. C'est donc l'écrit imprimé comme procédé d'expression de la pensée qui est garanti. La presse écrite bénéficie de la protection constitutionnelle de l'article 25 en tant qu'utilisatrice du procédé de l'écrit imprimé et non en tant que support de la liberté d'opinion⁴. Cette interprétation peut, en effet, s'autoriser de plusieurs arrêts de la Cour de cassation⁵.

Il est néanmoins peu douteux qu'en visant la presse écrite, le Constituant entendait garantir, de la manière la plus large, la liberté d'expression des opinions. Pourquoi l'écrit imprimé, 'l'écrit-papier', bénéficierait-il de la faveur du Constituant... si ce n'est parce qu'il était, à l'époque, le seul mode connu de diffusion des idées et opinions?

179. Est-ce à dire qu'il suffit d'invoquer la volonté du Constituant de 1831 pour justifier une interprétation évolutive du prescrit constitutionnel? Une réponse négative nous paraît devoir s'imposer pour diverses raisons.

Le terme 'drukpers' (presse imprimée) retenu, en 1967, pour le texte néerlandais de la Constitution, fait obstacle à la prise en compte de la seule intention originaire du constituant⁶, d'autant que plusieurs déclarations de révision de la Constitution réservent la possibilité d'étendre 'les garanties de la presse aux autres moyens d'information'⁷. Par ailleurs, l'argument tiré de l'article 10 de la Conven-

1. Bruxelles (9^e ch.), 19 févr. 1985, *R.W.*, 1985-1986, 806, note approbative de J. CEULEERS. Il est à noter que les opinions incriminées, en l'espèce, avaient été exprimées lors d'une émission de télévision, mais aussi dans un livre publié peu après sa diffusion, de sorte que le délit de presse au sens classique du terme était incontestable par ce biais. Dans cette affaire, la Cour de cassation, saisie d'une requête en règlement des juges, n'a pas saisi l'occasion de consacrer ou de rejeter clairement l'interprétation évolutive des articles 25 et 150 de la Constitution. Cf. Cass., 28 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1219, *R.W.*, 1985-1986, col. 2854, note D. VOORHOOF. Voir aussi Bruxelles (11^e ch.), 25 mai 1993, *J.T.*, 1994, p. 104, obs. F. JONGEN; Corr. Bruxelles (44^e ch.), 29 juin 1990, cité par F. JONGEN, 'Droit des médias. Chronique de jurisprudence annuelle', *Journ. proc.*, n° 197, 1991, p. 15; Corr. Bruxelles, 22 mars 1991, inédit; Corr. Bruxelles (45^e ch.), 24 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1242, obs. F. JONGEN, réformé par Bruxelles (12^e ch.), 14 janv. 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 995, obs. F. JONGEN.

2. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, Bruxelles, Academia Bruylant, 2001, pp. 612 et s., spéc. n° 1011 et p. 564, n° 923; D. VOORHOOF, note sous Cass (2^e ch.), 28 mai 1985, *R.W.*, 1985-1986, p. 2854; J. DE MEYER, 'Enkele overwegingen betreffende de drukkpersvrijheid', *T.B.P.*, 1978, p. 4; L. NEELS, 'De media in het geding', *T.B.P.*, 1981, p. 390; J. CEULEERS, 'De begrippen 'pers' en 'persmisdrijf'', note sous Bruxelles, 19 févr. 1985, *R.W.*, 1985-1986, p. 810; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, 'Het rechtstelsel van radio en televisie en de grondwettelijke vrijheid', *R.W.*, 1961-1962, p. 2239.

3. F. PERIN, *o.c.*, p. 107; J. LECLERCQ, 'Radio-télévision et délits de presse', *J.T.*, 1986, p. 401; J.-M. VAN BOL, *o.c.*, pp. 222-223; M. HANOTIAU, 'Le délit de presse: insolite, arbitraire et fragile', *Journ. proc.*, n° 169, 1990, pp. 35 et s.; F. JONGEN, 'Des délits de presse aussi à la télévision?', obs. sous Corr. Bruxelles (45^e ch.), 24 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1244; IDEM, 'La responsabilité pénale et civile de la presse', *Journ. proc.*, n° 196, 1991, p. 11; IDEM, *Le droit de la radio et de la télévision*, De Boeck, 1989, pp. 29 et s.

4. J. LECLERCQ, *o.c.*, p. 402, n° 19.

5. Cass., 17 janv. 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 582; 13 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 942. Voir aussi Mons (ch. mis. acc.), 14 janv. 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 506, note F. JONGEN.

6. A cette époque, en effet, le Constituant ne pouvait ignorer la différence entre la presse écrite et la presse audiovisuelle. Pour une critique de l'argument, voir P. VAN ORSHOVEN, 'De begrippen 'pers' en 'persmisdrijf'', *R.W.*, 1985-1986, 1320-1322.

7. Voir, par exemple, la déclaration de révision de la Constitution du 8 nov. 1987, *M.B.*, 9 nov. 1987 et une déclaration du Ministre de la Justice s'exprimant au Sénat: 'Le régime de la radio et de la télévision n'est pas déterminé par les articles 25 et 150 de la Constitution' (*Ann. parl.*, Sénat, sess. ord., 1984-1985, 28 févr. 1985, p. 1748).

tion européenne des droits de l'homme en faveur de la thèse de l'inclusion n'apparaît pas décisif¹. En effet, les médias écrits et audiovisuels ont toujours fait l'objet de régimes juridiques différenciés, y compris dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment en ce que seuls les seconds peuvent être soumis à un régime d'autorisation préalable². Les radios et télévisions, officielles ou libres, ne bénéficient pas d'un statut de liberté aussi large que celui reconnu par la Constitution à la presse écrite³. On ajoutera, à titre d'argument d'opportunité, qu'il est pour le moins paradoxal de vouloir étendre à l'audiovisuel un régime devenu, aujourd'hui, fortement discutable et discuté, qui conduit à l'impunité de fait⁴.

180. Sans doute est-il souhaitable que les médias audiovisuels jouissent de garanties constitutionnelles particulières. Cependant, à défaut de pouvoir solliciter, de façon irréprochable, les textes en vigueur, un tel souhait nous paraît devoir passer par une modification des dispositions constitutionnelles relatives à la presse.

B. L'INTERNET

181. Le régime de responsabilité en cascade trouve-t-il à s'appliquer aux nouveaux réseaux de communication? Les considérations antérieures (supra, n° 179) inclinent sans aucun doute à répondre par la négative. Pourtant, les développements de l'internet ont relancé le débat sur l'opportunité d'étendre aux nouveaux médias la portée du principe de la responsabilité en cascade. Plusieurs auteurs ont plaidé en ce sens⁵.

Ainsi, en ce qui concerne l'internet, le premier maillon de la chaîne pourrait être l'auteur; à défaut, serait retenue la responsabilité de plein droit et automatique, de l'éditeur (le responsable éditorial: fournisseur de service ou animateur d'un groupe de discussion), à défaut, celle du prestataire d'hébergement, à défaut, celle du fournisseur d'accès et à défaut, enfin, celle de l'opérateur de réseau (i.e. le transporteur des données). D'autres types de hiérarchies des responsabilités sont évidemment concevables, sans compter qu'il est aussi possible d'exclure certains maillons de la cascade.

182. Ce système présenterait plusieurs avantages:

- 1°) les victimes sont pratiquement assurées de toujours trouver un responsable,
- 2°) l'automatisme de la cascade en facilite la mise en œuvre par le juge, ce qui permet d'éviter de longues procédures judiciaires,
- 3°) il y a uniformisation du régime et des contrôles applicables à tous les messages quel que soit le support d'accès (presse, audiovisuel, réseaux numériques),
- 4°) la présomption étant réfragable, la personne mise en cause peut toujours la renverser,
- 5°) enfin, on éviterait ainsi de faire porter le chapeau aux seuls fournisseurs d'accès à l'internet tant il est vrai que les actions en responsabilité sont le plus souvent dirigées contre eux (*infra*, n° 186).

1. J. CEULEERS, *o.c.*, col. 811, fait valoir que les protections constitutionnelles de la presse sont applicables, par analogie et par extension, à toutes les formes de presse, et même à tous les moyens de communication; à l'appui de sa position, il fait référence à l'article 10 de la C.E.D.H., 'qui garantit le libre accès aux moyens de communication'.

2. En ce sens, F. JONGEN, 'Des délits de presse aussi à la télévision?', *o.c.*, p. 1244.

3. J. LECLERCQ, *o.c.*, p. 403, n° 23 et s.

4. M. HANOTIAU, 'Le délit de presse: insolite, arbitraire et fragile', *o.c.*, pp. 35 et s.; B. DEJEMEPPE, 'Indécisions judiciaires, urgences législatives', in *Justice et Médias*, Actes du colloque organisé par la Commission 'Justice' du Sénat le 7, 8 et 9 déc. 1995, p. 248.

5. Par exemple, S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, p. 565, n° 923; D. VOORHOOF, *o.c.*, *R. Cass.*, pp. 387 et s.; F. OLIVIER et E. BARBRY, 'Des réseaux aux autoroutes de l'information: révolution technique? Révolution juridique? 2. Du contenu informationnel sur les réseaux', *J.C.P.*, G, 1996, I, 3928, p. 185, n° 43.

183. Pour divers motifs déjà exposés ailleurs¹, cette solution n'a pas notre faveur. En substance, ce système de responsabilité, forgé à une autre époque et dans un autre contexte, nous paraît techniquement mal adapté au vecteur d'information numérique.

D'abord, il nous semble qu'un système visant à la désignation préalable et automatique des responsables, même par défaut, cadre mal avec un environnement ouvert comme l'internet, où les rôles sont peu définis, volatiles et les liens existants entre les acteurs parfois éphémères et peu transparents, au contraire des domaines tels l'audiovisuel ou la presse écrite.

Ensuite, on s'éloignerait de l'esprit de la règle qui est de protéger de manière particulière un mode d'expression plus fragile que d'autres parce que 'tributaire d'une chaîne d'activités matérielles qui en conditionnent l'exercice'². Or ici, les auteurs-producteurs peuvent aisément se passer du concours d'auxiliaires, en se chargeant eux-mêmes de la diffusion sur les réseaux³.

Enfin, plus fondamentalement, faut-il encore souligner combien il semble paradoxal de vouloir étendre aux réseaux de communication un régime actuellement fort remis en question et qui vise, du reste, à une 'déresponsabilisation'⁴, alors que l'on cherche précisément à offrir un responsable, solvable, à la victime?

184. Quoi qu'il en soit, ces discussions présentent désormais un intérêt moindre étant donné que l'Union européenne a refusé de s'engager dans cette voie. Loin d'opter pour l'instauration d'un régime spécifique d'imputation préalable et hiérarchique de la responsabilité, le législateur européen a prévu des exemptions de responsabilité au profit de certaines activités exercées par les intermédiaires techniques sur les réseaux⁵. Contrairement à ce que suggèrent certains auteurs⁶, cette option se situe aux antipodes d'un système de responsabilité en cascade puisqu'il n'est plus question de désigner des responsables (au premier chef ou par défaut), mais, tout au contraire, d'aménager des zones de non-responsabilité.

L'étude de ces questions fait l'objet de la section 2 du présent livre.

SECTION 2. IMPUTABILITÉ DES RESPONSABILITÉS DANS LA 'SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION'

PRÉSENTATION GÉNÉRALE

185. Au cours des dernières décennies, les progrès de l'informatique et des télécommunications ont permis l'amélioration notable des moyens de stockage et de diffusion de l'information, contribuant ainsi à l'essor des services liés –

1. Cf., en particulier, E. MONTERO, 'La responsabilité civile des médias', *o.c.*, pp. 95 et s.; IDEM, 'Les responsabilités liées à la diffusion d'informations illicites ou inexacts sur Internet', in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, n° 12, Kluwer, 1997, spéc. pp. 127 et s. Voir aussi les réflexions analogues de A. STROWEL, 'La responsabilité des fournisseurs de services en ligne: développements récents', in B. DUBUISSON et P. JADOUL (sous la dir. de), *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil*, Publications des F.U.S.L., 2000, pp. 215-267, spéc. pp. 229-233.

2. F. DELPÉRÉE, 'Questions et réponses sur le statut de la R.T.B.F.', *Études de radio-télévision*, n° 27, mai 1980, p. 46, cité par J.-M. VAN BOL, 'Presse et liberté d'expression', *Ann. Dr.*, 1980, p. 223.

3. Si l'information peut être facilement mise en ligne sur les réseaux, il est vrai, néanmoins, qu'elle ne sera susceptible d'atteindre son public cible que grâce à des auxiliaires qui en assurent le référencement dans les moteurs de recherche consultés par les internautes. Cependant, en pratique, ces auxiliaires ne refusent jamais de prêter leur concours aux producteurs de contenus dès lors que leur activité est entièrement automatisée et qu'ils ne s'exposent pas, pour l'heure, à une mise en cause de leur responsabilité.

4. Le régime de responsabilité en cascade ayant été instauré afin d'empêcher la censure indirecte que des éditeurs ou imprimeurs pourraient être tentés d'exercer sur les auteurs par crainte d'une action judiciaire.

5. Voir la section 4 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ('directive sur le commerce électronique'), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juill. 2000, p. 1.

6. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *o.c.*, p. 565, n° 923.

directement ou indirectement – au traitement et au transport de celle-ci. Ce qu'il est convenu d'appeler 'la société de l'information' se caractérise par l'avènement, à l'échelle mondiale, d'une nouvelle sphère d'activités: celle des communications électroniques. De plus en plus d'activités – jusqu'il y a peu confinées dans un cadre physique, compartimenté, jalonné de barrières et marqué par les distances – investissent cette nouvelle sphère. On ne compte plus le nombre des acteurs sociaux, économiques, juridiques et autres qui ont migré vers ce nouvel espace virtuel ou y ont étendu leurs activités.

Dans le même temps, se pose la question de savoir si les normes utilisées jusqu'ici demeurent aptes à régir le 'cyberespace' et à résoudre les conflits qui ont commencé à surgir. Parmi ceux-ci figure la survenance de préjudices économiques, moraux, voire corporels¹, liés à la diffusion de contenus illicites ou non conformes (inexact, lacunaires, périmés...). Se trouve ainsi posée la question de la responsabilité, pénale et civile, non seulement des producteurs et éditeurs de pareils contenus, mais aussi des maillons intermédiaires de la chaîne des intervenants.

Ces 'intermédiaires' sont les prestataires dont l'activité consiste à assurer que les contenus émanant de tiers soient transmis, hébergés et rendus accessibles par le biais des réseaux, en manière telle qu'ils servent de pont entre ceux qui produisent ou éditent pareils contenus et ceux qui y accèdent.

186. La dimension mondiale et le caractère ouvert de l'internet – réseau des réseaux – rendent souvent délicate l'identification des auteurs de messages préjudiciables vu, notamment, les possibilités d'œuvrer sous couvert de l'anonymat ou à partir de l'étranger. En revanche, les fournisseurs d'accès à l'internet, les prestataires d'hébergement et, accessoirement, les opérateurs de réseaux sont bien identifiés et proches de la victime. Il s'en suit que l'attention s'est naturellement focalisée sur ces prestataires intermédiaires.

Ainsi, la plupart des actions en responsabilité étaient-elles dirigées contre eux, ce qui n'a pas manqué de susciter de vifs débats et controverses autour d'une question de principe, particulièrement épineuse: une quelconque responsabilité peut-elle être imputée à ces intermédiaires dans les cas où les contenus transmis ou hébergés par leurs soins s'avèrent illicites? Les hésitations portent sur la possibilité technique, la faisabilité économique et l'opportunité (notamment au regard de la liberté d'expression) du contrôle et, au besoin, du filtrage des contenus rendus accessibles par les soins des intermédiaires.

On devine aisément le conflit des intérêts en présence. Pour les prestataires intermédiaires, la possibilité d'être déclarés responsables pour des contenus illicites – émanant de tiers – constitue un risque économique notable, d'autant que les volumes d'informations qu'ils transmettent ou hébergent rendent les contrôles systématiques, sinon matériellement impraticables, à tout le moins coûteux; délicats aussi à l'heure de juger du caractère licite ou illicite de telle information. D'un autre côté, pour les victimes de contenus illicites, il est souvent malaisé d'obtenir réparation du dommage subi auprès des auteurs des contenus illicites ou préjudiciables (car ils ont agi dans l'anonymat ou à partir de

1. Plusieurs affaires dramatiques ont attiré l'attention sur ce type de risque. En France, un guide pratique pour la cueillette des champignons a entraîné le décès d'une personne ayant absorbé de la ciguë aquatique en lieu et place de la carotte sauvage. L'insuffisance et l'ambiguïté de l'information fournie étaient à l'origine de cette confusion malheureuse (T. G. I. Paris, 28 mai 1986, *D.*, 1986, I.R. 319). En Allemagne, un patient a échappé de justesse à la mort après s'être vu injecter une infusion comprenant 25 % au lieu de 2,5 % de NaCl. Dans l'ouvrage médical consulté, la virgule avait disparu à la suite d'une erreur d'impression (B. G. H., 7 juill. 1970, *N.J.W.*, 1970, p. 1963). Aux Etats-Unis, un livre de cuisine faisant mention d'une variété de champignon a omis de signaler que, mangé cru, il est vénéneux (*Winter v. GP Putnam's Sons, Computerlaw Digest*, 1993/1-2, p. 121). Une explosion s'est produite en conséquence d'un mélange de plusieurs acides réalisé conformément aux instructions inexacts d'un manuel scolaire de chimie (*Lewin v. Mc Creight* (1987), 655 F. Supp. 282 (Michigan)). Dans la jurisprudence américaine, on trouve également plusieurs affaires où des cartes aéronautiques défectueuses ont été à l'origine de catastrophes aériennes (à ce sujet, E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Travaux de la faculté de droit de Namur, 21, P.U.N., 1998, pp. 247-248, n° 107, et les réf.).

l'étranger...), alors que les fournisseurs d'accès ou d'hébergement sont connus, à portée de main et généralement solvables.

187. Pour obvier à l'insécurité juridique liée à l'élaboration de solutions jurisprudentielles ou législatives divergentes au sein de l'Union européenne, la Commission a souhaité intervenir¹.

Il ne semble pas téméraire d'affirmer que l'un des objectifs principaux de la directive sur le commerce électronique a été d'établir, en sa section 4, un système d'exemption de responsabilité au profit de certaines prestations intermédiaires de l'internet². Toujours est-il que cette question a déclenché les passions et a fait l'objet d'un lobbying intense et d'âpres discussions au cours du processus d'élaboration de la directive³.

Cette dernière a été transposée en droit belge par deux lois distinctes: la loi du 11 mars 2003 'sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution'⁴ et la loi du 11 mars 2003 'sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information'⁵⁻⁶. Les dispositions relatives à la responsabilité des prestataires intermédiaires figurent dans cette dernière loi, aux articles 18 à 21.

188. Dans les pages qui suivent, après une présentation d'ensemble du dispositif, nous procéderons à l'analyse critique des articles 18 à 21 de la loi du 11 mars 2003, en prêtant une attention particulière aux choix du législateur belge à l'heure de transposer les dispositions de la section 4 de la directive sur le commerce électronique⁷ (§ 1^{er}). Nous évoquerons ensuite les questions sur lesquelles la

1. Voir le considérant n° 40 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique (*J.O.C.E.*, 17 juill. 2000, L 178, p. 1) 'les divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des États membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de services agissant en qualité d'intermédiaires empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur, en particulier en gênant le développement des services transfrontaliers et en produisant des distorsions de concurrence (...)'. Voir également l'exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur présentée par la Commission le 18 nov. 1998, COM (1998) 586 final, p. 13, où est-il souligné, notamment, combien 'la situation actuelle incite les prestataires à implanter leurs activités dans les États membres dotés de régimes favorables' (risque de 'forum-shopping').
2. Pour un commentaire complet de la directive sur le commerce électronique, voir E. MONTERO (sous la dir. de), *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, 439 p.; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, 'La Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Un cadre juridique pour l'Internet', *J.T.*, 2001 (n° 6000), pp. 133-145; E. CRABIT, 'La directive sur le commerce électronique. Le projet "Méditerranée"', *Revue du droit de l'Union européenne*, 2000/4, pp. 749-833.
3. En ce sens, M. PEGUERA POCH, 'La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet', 2001, p. 1 (www.uoc.edu/in3/dt/20080/index.html).
4. *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960.
5. *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963.
6. Pour un commentaire de ces lois, voir P. VAN EECHE et J. DUMORTIER (éds), *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, Die Keure, 2003; E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, 'La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information', *J.T.*, 2004, pp. 81-95.
7. La question de la responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux a déjà fait l'objet d'une littérature abondante. Parmi d'autres, voir Y. POULLET et J.-F. LEROUGE, 'La responsabilité des acteurs de l'internet', in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 1043-1103; A. LUCAS, 'La responsabilité civile des acteurs de l'Internet', *AM*, 2001, pp. 42-52; K. BODART, 'Aansprakelijkheid van Internet Service Providers in Europees perspectief', in K. BYTTEBIER, R. FELTKAMP et E. JANSSENS (éds), *Internet & Recht*, Anvers, Maklu, 2001, pp. 285-311; M. PEGUERA POCH, art. précité; T. VERBIEST et E. WÉRY, 'La responsabilité des fournisseurs de services Internet: derniers développements jurisprudentiels', *J.T.*, 2001, pp. 165-172; R. JULIA-BARCELO, 'On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks', *E.I.P.R.*, 2000, pp. 106-119; A. STROWEL et N. IDE, 'La responsabilité des intermédiaires sur Internet', *R.I.D.A.*, 3/2000, pp. 3-167 et 4/2000, pp. 3-153; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2002, 302 p.; IDEM, *Profili di responsabilità civile dell'Internet Provider*, Quaderni del Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei, Università degli Studi di Salerno, 2000, 154 p.; E. MONTERO, 'La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux', in *Le commerce électronique européen sur les rails?, o.c.*, pp. 271-295; Ph. LE TOURNEAU, 'La responsabilité civile des acteurs de l'internet', *Expertises*, 1999, pp. 419-427; M. VIVANT, 'La responsabilité des intermédiaires de l'internet', *J.C.P.*, G, 1999, I, 180.

directive du 8 juin 2000 n'a pas voulu se prononcer et qui ne sont pas davantage réglées dans la loi du 11 mars 2003 (§ 2).

§ 1. Les exemptions de responsabilité prévues par la loi du 11 mars 2003

A. GRANDS AXES DU DISPOSITIF

1. L'origine des dispositions

189. Le compromis trouvé ne résulte pas d'une idée originale du législateur européen¹. En réalité, il est issu de la bataille livrée précédemment aux Etats-Unis entre l'industrie des contenus (musique, logiciel, film...) et le secteur des télécommunications et des fournisseurs de services sur l'internet (ISP). Le point chaud de la discussion était de savoir s'il fallait permettre aux titulaires de droits d'auteur de mettre en cause la responsabilité des ISP en raison des copies illégales qui circulent par le biais de leurs réseaux ou sont hébergées sur leurs serveurs. L'industrie des contenus souhaitait obtenir le droit de réclamer une indemnisation pour les pertes subies par suite des atteintes aux droits d'auteurs non seulement auprès des contrevenants principaux, mais aussi auprès des ISP. Le débat conduisit à l'adoption du Digital Millennium Copyright Act du 28 octobre 1998 qui établit une série d'exemptions de responsabilité au bénéfice des ISP pour les contenus qui portent atteinte à des droits d'auteur.

Le système adopté par la directive européenne s'inspire largement de la législation américaine². Les exonérations qu'elles établissent, l'une et l'autre, sont conçues selon l'activité concernée et non en fonction du type d'opérateur. Cette distinction constitue une clé d'interprétation décisive du dispositif mis en place. En effet, une activité de nature apparemment technique, ou présentée comme telle, peut être 'disqualifiée' en activité de production ou d'édition de contenu, en fonction du comportement du prestataire concerné ou de certains engagements contractuels souscrits par lui. En ce cas, pour cette activité, ce dernier sera soumis au droit commun de la responsabilité et ne pourra donc bénéficier d'un régime favorable prévu à la section 4 de la directive (chap. VI de la loi belge)³.

190. Concrètement, la directive prévoit une exonération totale de responsabilité (sous conditions) au profit des activités de transmission des informations sur un réseau de communication et de fourniture d'accès à un tel réseau, ainsi qu'une exonération partielle de responsabilité au profit des activités d'hébergement et de stockage sous forme de cache des informations à la demande d'un destinataire du service.

2. Une approche horizontale... mais limitée

191. A la différence de la loi américaine (qui s'inscrit dans une optique verticale, en visant uniquement les atteintes au *copyright*), la section 4 de la directive

1. A ce sujet, M. PEGUERA POCH, *o.c.*, spéc. II.

2. Voir, parmi d'autres, R. JULIÀ-BARCELO, 'On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks', *o.c.*, pp. 106-119; V. SEDALLIAN, 'La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européenne sur le commerce électronique', *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 110, 1999, pp. 1-4.

3. Voir le considérant n° 42 et le commentaire article par article de la proposition de directive, COM (1998) 586 final, p. 28: 'la distinction en ce qui concerne la responsabilité n'est pas fondée sur le type d'opérateur, mais sur le type d'activité exercé. Le fait qu'un prestataire remplit les conditions pour être exonéré de responsabilité pour une activité donnée ne l'exonère pas de sa responsabilité pour toutes ses autres activités'.

(chapitre VI de la loi belge) couvre, de façon horizontale, tous types d'activités illicites exercées en ligne par des tiers. Aussi les exonérations de responsabilité ont-elles vocation à s'appliquer en cas d'atteinte aux droits d'auteur et aux droits voisins, de violation de la vie privée ou de règles relatives aux pratiques du commerce, de diffamation... Cette solution nous semble cohérente. Quelle que soit, en effet, l'activité illicite à l'origine d'une action en responsabilité dirigée contre l'intermédiaire, celui-ci se trouve dans la même situation en raison de la spécificité de son activité de simple transport, de *caching* ou d'hébergement, selon le cas. Il n'est donc pas illogique, du point de vue du prestataire intermédiaire, de considérer que sa responsabilité doit être déterminée eu égard à son comportement dans le cadre de son rôle d'intermédiaire et non par rapport au type de violation dont il est question. Dans la mesure où l'intermédiaire transmet ou héberge tout type de contenu, relevant d'une diversité de régimes juridiques (publicité, droit d'auteur, pratiques du commerce...), il eut été insuffisant de savoir qu'il n'est en principe pas responsable eu égard à un contenu contrefaisant s'il peut l'être pour un contenu diffamatoire ou à connotation raciste¹.

192. Par ailleurs, les exonérations de responsabilité concernent aussi bien la responsabilité pénale que civile²; elles couvrent 'à la fois les cas où un prestataire de services pourrait être tenu directement responsable d'une infraction, et ceux où il pourrait être jugé responsable à titre accessoire d'une infraction commise par une autre personne (p. ex., en tant que complice)³. Cette solution nous paraît également heureuse. Il eut été insuffisant pour l'intermédiaire de savoir qu'il n'est en principe pas responsable sur le plan civil à l'égard d'un contenu illicite, alors qu'il pourrait l'être sur le plan pénal⁴.

193. Cela étant, à divers égards, le système a une portée relativement limitée.

D'une part, les exonérations de responsabilité couvrent seulement certaines activités bien déterminées (le transport, la fourniture d'accès à un réseau, le stockage temporaire sous forme de cache et l'hébergement). Ainsi, ne sont pas couvertes non seulement les activités de production et d'édition de contenus sur les réseaux, mais aussi certaines activités intermédiaires telles que la fourniture de liens hypertextes ou de services d'annuaires et moteurs de recherche⁵. Toutes ces activités non visées ressortissent dès lors au droit commun de la responsabilité (*infra*, § 2, n^{os} 207 et s.).

D'autre part, il convient de remarquer que les dispositions nouvelles se bornent à établir des exemptions de responsabilité au profit de certaines activités, sans affecter la substance des principes et règles gouvernant la responsabilité pénale et civile⁶. Autrement dit, le législateur n'a nullement conçu un nouveau régime positif de responsabilité. Il se contente de délimiter des zones de non responsabilité; pour le reste, le droit commun demeure applicable, y compris dans le cas des intermédiaires. Par conséquent, le fait de ne pas remplir les conditions permettant de bénéficier d'une exemption de responsabilité n'implique pas que l'intermédiaire concerné doive automatiquement être tenu pour responsable; encore faudra-t-il que le juge apprécie si toutes les conditions du droit commun de la responsabilité sont réunies⁷.

1. Cf. E. CRABIT, *o.c.*, p. 811.

2. Ce point n'est précisé ni dans les articles, ni dans les considérants de la directive, mais on trouve diverses indications en ce sens dans le commentaire article par article de la proposition de directive, COM (1998) 586 final, pp. 29 et 30.

3. *Ibid.*, p. 29.

4. Cf. E. CRABIT, *o.c.*, p. 811.

5. A ce sujet, outre l'article 21, 2, de la directive, voir T. VERBIEST et E. WÉRY, 'La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens', *Légipresse*, n° 181, 2001, pp. 49-53.

6. Cf. le commentaire article par article de la proposition de directive, COM (1998) 586 final, p. 28.

7. En ce sens, E. MONTERO, 'La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet', *Revue Ubiquité*, n° 5, 2000, p. 103; *Idem*, *o.c.*, Cahiers du CRID, n° 19, p. 278; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *o.c.*, p. 140, n° 24; M. PEGUERA POCH, *o.c.*, p. 6.

3. Mesures provisoires

194. Les exonérations prévues par les articles 18 à 20 de la loi n'affecteraient pas les possibilités d'actions en référé ou en cessation en vue d'obtenir des mesures de cessation ou d'interdiction, parmi lesquelles l'injonction de retirer des informations illicites ou de rendre l'accès à ces dernières impossible. C'est ce qui ressort de la directive¹ et des travaux préparatoires de la loi; une disposition de l'avant-projet de loi confirmait expressément ce point², mais le Conseil d'Etat l'ayant estimé inutile, elle a été supprimée du projet de loi³.

S'il paraît clair que les exonérations de responsabilité n'ont pas d'incidence sur les actions en référé, la solution est moins évidente s'agissant des actions en cessation, civiles⁴ ou commerciales⁵. En effet, nonobstant les termes utilisés dans le considérant n° 45 de la directive⁶, il semble que le législateur européen ait seulement voulu viser les actions au provisoire. Or, les actions en cessation ont, en droit belge, une portée qui dépasse le provisoire: le juge des cessations statue, en effet, de manière définitive, dans une mesure qui lie le juge du fond invité à se prononcer sur la responsabilité. Aussi serait-il logique de considérer que les exonérations de responsabilité prévues par la loi s'appliquent également aux actions en cessation. Cette solution n'est pas sans poser certaines difficultés⁷.

B. EXAMEN DES ARTICLES 18 À 21 DE LA LOI

195. Dans l'ensemble, les articles 18 à 21 transposent de manière relativement littérale les articles 12 à 15 de la directive. Le législateur belge fait néanmoins preuve d'originalité sur certains points, qui feront plus particulièrement l'objet de nos commentaires.

1. Obligations en matière de surveillance (art. 21)

196. Contrairement à ce qu'avait suggéré le Conseil d'Etat, le législateur belge a estimé utile de confirmer que les prestataires visés aux articles 18, 19 et 20 n'ont aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites (art. 21, § 1^{er}, al. 1^{er}). Les intermédiaires concernés se trouvent ainsi dispensés d'effectuer des contrôles a priori systématiques, techniquement malaisés, aléatoires quant à leur efficacité, difficilement supportables économiquement et toujours susceptibles de dégénérer vers des formes de censure préventive non souhaitée.

Il est à noter que ce principe n'empêchera pas les intermédiaires (on songe en particulier aux fournisseurs d'accès et prestataires d'hébergement) d'effectuer certains contrôles, comme ils l'ont toujours fait. Leur image de marque est en jeu et tout porte à croire que, demain, ils continueront d'y être sensibles. Ces contrôles volontaires sont les bienvenus et répondent, du reste, à un vœu exprimé en ce sens dans la directive (considérant n° 40, *in fine*).

1. Art. 12, 3; 13, 2 et 14, 3, ainsi que le considérant n° 45 de la directive sur le commerce électronique.

2. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2002-2003, doc 50 2100/001, p. 71.

3. Avis du Conseil d'Etat N° 32.682/1, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2002-2003, doc 50 2100/001, p. 97.

4. En cas d'atteintes aux lois sur le droit d'auteur, sur la protection juridique des programmes d'ordinateur ou sur la protection des bases de données.

5. En cas d'atteintes à la loi sur les pratiques du commerce (LPCC).

6. 'Les limitations de responsabilité (...) sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types (...) [souligné par nous].

7. A ce sujet, voir les intéressantes réflexions de A. CRUQUENAIRE et J. HERVEG, 'La responsabilité des intermédiaires de l'internet et les procédures en référé ou comme en référé, obs. sous Liège (réf.), 28 nov. 2001, *J.T.*, 2002, pp. 309-311. Comp. A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *o.c.*, pp. 141-142, n° 32.

197. L'absence de devoir général de surveillance n'empêche pas les autorités judiciaires d'imposer une surveillance temporaire dans un cas spécifique (art. 21, § 1^{er}, al. 2)¹⁻². Ainsi, un magistrat compétent pourrait-il exiger qu'un intermédiaire surveille l'évolution d'un site web ou d'un groupe de discussions, voire même les faits et gestes d'un suspect particulier, à condition que cette dernière possibilité soit prévue par la loi (voir, notamment, la législation belge en matière d'écoutes téléphoniques)³.

En toute hypothèse, le rôle de prévention des intermédiaires devrait être conçu de manière relativement étroite: seuls peuvent être imposés des contrôles ciblés et temporaires de sites, de groupes de discussion, etc., dûment identifiés, afin d'empêcher ou de combattre une activité illicite particulière⁴.

198. L'absence d'obligation générale de surveillance est, par ailleurs, contrebalancée par une obligation de collaboration avec les autorités publiques compétentes: ainsi, les prestataires visés à l'article 21, § 1^{er}, ont-ils l'obligation d'informer promptement le procureur du Roi lorsqu'ils ont connaissance d'activités illicites exercées par les destinataires de leurs services (art. 21, § 2). Ce dernier prend alors les mesures utiles sur pied de l'article 39^{bis} du Code d'instruction criminelle.

Enfin, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement (art. 21, § 2, al. 2)⁵.

2. *Activité de simple transport (art. 18)*

199. L'article 18 prévoit une exonération de responsabilité pour les services consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service⁶ ou à fournir un accès à un tel réseau. Le prestataire de pareils services n'est pas responsable des informations transmises à condition qu'il ne soit pas à l'origine des données, ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et ne sélectionne ni ne modifie les informations faisant l'objet de la transmission. Ces conditions sont cumulatives.

Le deuxième alinéa de l'article 18 précise que les activités de transmission exonérées englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations réalisé pour les seuls besoins de la transmission⁷. Cette forme de stockage – réalisé au cours et pour les besoins de la transmission – est à ne pas confondre avec le stockage effectué à la demande et pour le compte d'un

1. Le texte ajoute, de manière superflue selon le Conseil d'Etat, 'lorsque cette possibilité est prévue par une loi'. On songe naturellement à la loi du 28 nov. 2000 relative à la criminalité informatique (*M.B.*, 3 févr. 2001, p. 2909). Voir, not., les articles 39^{bis}, 88^{quater} et 90^{ter} du Code d'instruction criminelle. Pour un commentaire plus circonstancié, voir E. MONTERO, 'La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux', *o.c.*, p. 284, n° 532.

2. Voir le considérant n° 47 de la directive sur le commerce électronique: 'l'interdiction pour les États membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère *général*. Elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas *spécifique* et, notamment, elle ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale'.

3. En ce sens, A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, 'La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique: un cadre juridique pour l'internet', *o.c.*, p. 142, n° 36.

4. Cf. le commentaire article par article, p. 31.

5. L'expression 'sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires' vise notamment la loi du 28 nov. 2000 relative à la criminalité informatique.

6. Par 'destinataire du service', au sens de la loi du 11 mars 2003, il faut entendre 'toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible' (art. 2, 5°).

7. Cf. art. 12, 2, de la directive. On rapprochera cette disposition de l'article 5, 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (*J.O.C.E.*, L 167 du 22 juin 2001, p. 16), qui établit clairement que le *ius prohibendi* dont jouit le titulaire du droit d'auteur n'englobe pas le droit d'empêcher la forme de reproduction évoquée au texte.

destinataire du service (activité d'hébergement visée à l'art. 20 de la loi), ni avec le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de copies de données (sur des sites dits 'miroirs') aux seules fins de faciliter les consultations ultérieures (*system caching* visé à l'art. 19 de la loi).

200. Cette exonération suppose que le prestataire ne joue aucun rôle actif dans la transmission et ne soit impliqué en aucune façon dans l'information transmise¹; il perd le bénéfice de l'exonération s'il collabore délibérément, de quelque manière, avec l'un des destinataires de son service². S'il se limite, au contraire, à l'activité de transport ou d'offre d'un accès au réseau, selon le cas, il échappe à toute responsabilité du chef d'information illicite ou non conforme. Ces activités ne comportent donc aucune obligation générale de surveillance des informations circulant sur le réseau, ni aucune obligation de recherche active et systématique d'indices d'activités illicites, ni aucune obligation particulière de mettre en place des dispositifs de filtrage ou de faire diligence pour supprimer des informations renseignées comme illicites ou pour bloquer l'accès à des sites contraires à l'ordre public, ni aucune obligation de sensibilisation ou d'information des abonnés...

Soulignons aussi que, contrairement aux hypothèses des articles 19 et 20, le critère de connaissance n'est pas de mise dans l'hypothèse du simple transport: l'intermédiaire peut bénéficier de l'exonération de l'article 18 même si, ayant connaissance de la présence d'informations illicites qu'il transmet et ayant prise sur celles-ci, il ne prend aucune mesure appropriée!

201. Cela étant, il est permis de s'interroger: *quid* si le prestataire n'exécute pas une décision judiciaire lui enjoignant de ne pas transmettre un contenu déterminé ou de bloquer l'accès à celui-ci? A notre avis, sa responsabilité pourra être mise en cause. En effet, l'exonération prévue à son profit implique qu'il n'est pas punissable (pénalement), ni tenu de réparer les préjudices que son activité contribue à occasionner, mais elle ne signifie pas qu'il a toute liberté de transmettre n'importe quel type de contenu, *y compris lorsqu'une décision de justice lui ordonne de cesser*.

Certes, le devoir d'exécuter ce genre d'injonction ne fait pas partie des conditions de l'exonération; par ailleurs, la connaissance du caractère illicite des informations transmises est indifférente; néanmoins, il est permis de considérer qu'en ignorant l'ordre de l'autorité judiciaire de cesser de transmettre un contenu déterminé, alors qu'il a techniquement les moyens d'y donner suite, le prestataire engage sa responsabilité (non dans un cas de 'simple transport', mais dans un cas de transmission réalisée en violation directe d'un ordre de l'autorité judiciaire)³.

3. *Activité de stockage sous forme de cache (art. 19)*

202. L'article 19 concerne l'activité de stockage temporaire de copies de sites souvent consultés (ou 'sites miroirs') sur des serveurs relais mis en place, notamment, par des fournisseurs d'accès ou de moteurs de recherche. Cette technique, dite 'de cache' (*system caching*), permet d'améliorer les temps de connexion à des sites éloignés et ainsi de désengorger les réseaux et accroître leurs performances.

Le prestataire est exonéré pour ce type d'activité pourvu qu'il agisse 'promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à

1. Considérant n° 43 de la directive.

2. Considérant n° 44 de la directive.

3. En ce sens, M. PEGUERA POCH, *o.c.*, p. 8.

l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'une autorité administrative ou judiciaire a ordonné de retirer l'information ou de rendre l'accès à cette dernière impossible et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure prévue à l'article 20, § 3' (art. 19, 5°).

Etant donné cette référence à l'article 20, § 3, nous reportons notre commentaire de cette condition à l'examen de l'article 20 de la loi (*infra*, n^{os} 204 à 206), non sans déplorer, au passage, la rédaction inélégante du 5° de l'article 19.

Toutefois, remarquons déjà que dans le *caching*, contrairement à ce qui est prévu en matière d'hébergement, la 'connaissance effective' porte sur des éléments de fait, et non sur des qualifications juridiques (comp. *infra*, n° 205). Concrètement, la *connaissance effective* se réfère au 'fait' du retrait de l'information sur le site d'origine ou au 'fait' que l'accès à cette dernière a été bloqué ou au 'fait' qu'une autorité compétente a donné un ordre en ce sens. De toute évidence, il est nettement plus aisé de prouver la simple connaissance de faits objectifs que la connaissance effective du caractère illicite de certaines données. Toujours est-il qu'en l'absence de toute précision concernant la notion de 'connaissance effective', on est en droit de s'interroger, avec l'ensemble de la doctrine, sur le seuil de connaissance requis pour que la connaissance puisse être considérée comme 'effective'¹ (*infra*, n° 206).

On observe, par ailleurs, que l'exemption de responsabilité prévue en matière de *caching* n'est que partiellement sous-tendue par la même *ratio* que celle qui prévaut dans le cadre des exonérations pour les services de transmission, de fourniture d'accès et d'hébergement. Dans ces dernières situations, l'exemption de responsabilité vise à éviter que les prestataires intermédiaires doivent répondre des contenus illicites émanant de tiers par le fait qu'ils en assurent le transport ou l'hébergement. Pour autant, dès l'instant où ils s'abstiennent d'intervenir dans leur élaboration ou dans la décision de les transmettre, ou méconnaissent leur caractère illicite (s'agissant des hébergeurs), ils sont exonérés de toute responsabilité pouvant, le cas échéant, leur incomber pour avoir contribué à la diffusion de données illicites. Il est certain que cette préoccupation est également présente dans l'hypothèse du *caching* vu que l'intermédiaire qui offre des contenus illicites de tiers dans sa mémoire cache contribue aussi à leur diffusion et, en tout état de cause, consacre une partie de son espace disque à les maintenir accessibles. Cela étant, l'exemption prévue pour l'activité de *caching* ne couvre pas seulement une éventuelle responsabilité au titre de la participation à la diffusion de contenus illicites, mais aussi celle qu'il pourrait devoir supporter du fait d'avoir copié des contenus parfaitement licites, sans l'autorisation nécessaire de la part du titulaire des droits sur ceux-ci (s'agissant d'œuvres protégées). Dans un tel cas, l'illicéité ne concerne pas les données originaires; elle gît dans la réalisation, par l'intermédiaire lui-même, de la copie temporaire non autorisée². Sans doute est-ce pour couvrir cette double possibilité (*caching* de contenus illicites, d'une part, *caching* illicite de contenus licites, d'autre part) que la directive sur le commerce électronique prévoit que le prestataire ne sera pas responsable au titre du 'stockage automatique, intermédiaire et temporaire' (art. 13, 1), alors qu'en matière de simple transport et d'hébergement, elle prévoit – suivant une formulation différente – que le prestataire ne sera pas responsable des *informations* transmises

1. Voir, not., A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *o.c.*, pp. 143-144; E. MONTERO, 'La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux', *o.c.*, pp. 289 et s.; Y. POULLET et J.-F. LEROUGE, *o.c.*, p. 1070.

2. La directive ne semble pas considérer le *caching* comme un véritable service, mais plutôt comme une activité de copie que l'intermédiaire réalise à l'occasion de la prestation d'un service de transmission. Dans les exemptions prévues pour les services de transmission, d'accès et d'hébergement, on part de l'idée que celui qui livre l'information (pour hébergement ou transmission) est le principal auteur de l'acte lésionnaire, tandis que le transporteur, le fournisseur d'accès et l'hébergeur contribue seulement à la production effective du dommage. En ce sens, M. PEGUERA POCH, *o.c.*, p. 15.

(art. 12) ou stockées (art. 14)¹. Cette distinction terminologique se retrouve dans le texte de loi belge.

203. Outre cette obligation positive, certaines conditions additionnelles sont prévues, qui tiennent compte des particularités du *system caching*.

Ainsi, les points 1^o et 4^o consacrent un devoir d'abstention dans le chef de l'intermédiaire: pour bénéficier de l'exonération, encore faut-il qu'il ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie relative à l'obtention des données sur l'utilisation de l'information. Pour des raisons évidentes, le titulaire du site originaire est intéressé à recueillir toutes sortes d'informations relatives à la consultation de ses pages web: qui les visite, comment, quand et surtout avec quelle fréquence? Vu que, très souvent, ce ne sont pas les pages originaires qui sont visitées, mais les copies 'cache', le prestataire qui gère ces dernières doit permettre que le titulaire de l'information d'origine puisse obtenir ces données au moyen de la technologie disponible à cet effet.

Par ailleurs, le prestataire doit respecter les règles relatives aux conditions d'accès à l'information (art. 19, 2^o). Ce point fait référence aux conditions établies par le propriétaire du site originaire pour accéder aux données (ex.: l'accès au site est subordonné à l'obligation de verser une rémunération ou de s'enregistrer au préalable, de donner son nom ou son adresse de courrier électronique, en échange d'un mot de passe que l'internaute devra utiliser pour pouvoir accéder à tout ou partie du site web). Le prestataire de services gérant les copies sous forme de cache doit faire respecter, le cas échéant, de telles conditions.

Enfin, le prestataire doit également se conformer aux règles concernant la mise à jour de l'information (art. 19, 3^o). Il ne serait pas acceptable que les copies 'cache' procurent une information différente de celle figurant sur le site d'origine. C'est pourquoi le prestataire se doit d'actualiser les informations stockées suivant les pratiques reconnues par les entreprises. Cette exigence est particulièrement importante dans certaines circonstances, notamment afin d'écarter le risque d'un préjudice supplémentaire pour la victime d'une atteinte à ses droits. Si cette dernière a obtenu que des informations lui portant préjudice (diffamatoires, attentatoires à sa vie privée...) soient retirées du site d'origine, il ne faudrait pas qu'elles demeurent accessibles sur des serveurs contenant des copies 'cache' non mises à jour de ce site².

Comme l'on voit, les préjudices potentiels découlant de l'activité de *caching* sont diversifiés: ils ne se réduisent pas à l'atteinte aux droits d'auteur couvrant le cas échéant les informations originaires; l'intermédiaire peut aussi être à l'origine d'un préjudice en présentant au destinataire du service une information obsolète (comme si elle procédait directement du site originaire) pour ne pas avoir actualisé opportunément sa mémoire cache, ou en empêchant que le titulaire du site originaire puisse obtenir auprès de tous les visiteurs de son site la rémunération due. On s'avise que l'exemption prévue au profit de l'intermédiaire n'est pas accordée dans ces dernières hypothèses. Au contraire, elle n'est de mise précisément que si le prestataire de service de cache n'a pas versé dans ce genre d'irrégularités.

4. *Activité d'hébergement (art. 20)*

204. L'article 20 prévoit une exonération de responsabilité au profit de l'activité d'hébergement à condition que 1^o '[le prestataire] n'ait pas une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite ou, en ce qui concerne une action civile en réparation, qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances

1. Rappr. *Ibid.*

2. E. MONTERO, *o.c.*, Cahiers du CRID, n^o 19, p. 295, n^o 547.

laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information,; ou 2^o qu'il agisse promptement, dès le moment où il a de telles connaissances, pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure prévue au § 3'. Cette condition de procédure est une particularité du texte belge. L'article 20, § 3, impose au prestataire qui a une connaissance effective d'une information illicite d'en informer le procureur du Roi qui prend les mesures utiles conformément à l'article 39^{bis} du Code d'instruction criminelle (relatif à la saisie de données immatérielles). Aux termes du dernier alinéa de l'article 20, § 3, 'aussi longtemps que le procureur du Roi n'a pris aucune décision concernant le copiage, l'inaccessibilité et le retrait des documents stockés dans un système informatique, le prestataire peut uniquement prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations'.

205. L'article 14 de la directive sur le commerce électronique – que cette disposition est censée transposer – fait difficulté à divers égards¹.

Tout d'abord, il érige le prestataire d'hébergement en juge, l'amenant à devoir se prononcer sur le bien-fondé de plaintes concernant des informations dénoncées comme illicites, ce qui suppose de sa part une compétence juridique qu'il n'a pas nécessairement.

Ensuite, la directive ne spécifie pas le degré de connaissance pouvant justifier un devoir d'intervention et n'instaure aucune procédure de notification et de retrait (*notice and take down*)² de nature à déterminer précisément qui assume la responsabilité du maintien ou du retrait de l'information litigieuse; il s'en suit que l'hébergeur se retrouve dans une position particulièrement inconfortable puisqu'il s'expose à une mise en cause de sa responsabilité extra-contractuelle à l'égard du tiers lésé (s'il décide de ne pas supprimer l'information dénoncée comme illicite) ou de sa responsabilité contractuelle à l'égard de son client (pour avoir supprimé une information que ce dernier estime parfaitement licite). L'insécurité juridique apparaît totale pour le prestataire d'hébergement.

Enfin, l'obligation imposée à l'hébergeur par l'article 14 d'agir promptement pour supprimer l'information ou la rendre inaccessible, dès connaissance de son caractère illicite, apparaît incompatible avec la législation relative à la criminalité informatique. La décision, prise par un prestataire d'hébergement, de supprimer des données supposées illicites s'accommode mal des prescriptions de l'article 39^{bis} du Code d'instruction criminelle et menace de rendre impossibles des poursuites pénales ultérieures.

206. L'ensemble de ces considérations a déterminé le législateur belge à adopter l'article 20 de la loi en son libellé actuel³. Tant les prestataires d'hébergement que les autorités judiciaires sont censées y trouver leur compte.

Les premiers voient leur sécurité juridique mieux assurée: dès qu'ils ont connaissance d'une activité ou d'une information illicite, il leur suffit de les communiquer au procureur du Roi; en même temps, ils ne sont pas empêchés de prendre des mesures conservatoires (tendant à empêcher l'accès aux informations, à l'exclusion de toute initiative visant à supprimer celles-ci). Ainsi peuvent-ils espérer échapper à une responsabilité pénale dès l'instant où le procureur du Roi a (lui-même) pris soin, dans le pire des cas, de faire retirer le contenu litigieux ou de bloquer l'accès à celui-ci. Par contre, si le procureur du Roi s'est borné à le

1. Pour plus de détails et des illustrations du propos, voir, not., E. MONTERO, 'La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux', *o.c.*, pp. 290 et s., n^{os} 542 à 545; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *o.c.*, pp. 143-144.

2. Mais il est vrai qu'elle insiste pour que les Etats membres encouragent l'élaboration de tels mécanismes sur la base d'accords volontaires négociés entre toutes les parties concernées. Cf. art. 14, 3, *in fine*; art. 21, 2; considérants n^{os} 40, 41 et 49.

3. Il est à noter que le commentaire des articles est relatif à une version antérieure du texte; il n'a pas été modifié nonobstant l'évolution de celui-ci au cours du processus législatif. Cf. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2002-2003, n^o 2100/1.

copier, les prestataires d'hébergement ne seront guère tout à fait fixés. Cette décision suffit-elle pour pouvoir conclure à une connaissance effective dans leur chef du caractère illicite de l'information? Sans doute est-il permis de répondre par la négative à cette question: si le procureur du Roi n'a pas jugé utile de prendre une décision concernant l'inaccessibilité ou le retrait du contenu stocké, on ne voit pas comment il pourrait être reproché à l'hébergeur de s'être abstenu d'agir en ce sens. Le raisonnement pourrait être différent sur le terrain de la responsabilité civile étant donné qu'à cet égard le seuil de connaissance requis semble moins exigeant. Pour bénéficier de l'exonération de responsabilité civile, il faut, en effet, qu'il n'ait pas connaissance 'de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité et de l'information' ou 'qu'il agisse promptement, dès le moment où il a de telles connaissances pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible (...)'. Comme l'on voit, des questions et hésitations subsistent. Elles nous fournissent l'occasion d'insister une fois encore sur l'opportunité d'arrêter des procédures de notification et de retrait (*notice and take down*) destinées à préciser les conditions auxquelles doit satisfaire une notification et les effets qu'elle emporte¹.

De leur côté, les autorités judiciaires sont informées de la présence d'informations éventuellement illicites et elles peuvent conserver les preuves. Reste à savoir si les procureurs du Roi seront en mesure de jouer ce nouveau rôle et si le système fonctionnera de manière rapide et efficace. Il est permis d'avoir des doutes à cet égard.

§ 2. *Les aspects non réglés par la loi du 11 mars 2003*

A. LA RESPONSABILITÉ DES AUTEURS ET ÉDITEURS DE CONTENUS

207. L'intensité des débats relatifs à la responsabilité des intermédiaires techniques de l'internet et le fait que les actions en responsabilité sont généralement dirigées contre ces derniers (*supra*, n° 186) feraient presque oublier que les responsabilités relatives aux informations diffusées dans les espaces publics de l'internet incombent, au premier chef, à leur auteur.

Toute personne qui est à l'origine d'un message posté dans un groupe de discussion ou de la mise sur le Web d'une information est naturellement responsable, en première ligne, des éventuels préjudices causés par cette diffusion. A cet égard, on est renvoyé à des principes connus (1), qui ont déjà trouvé à s'appliquer dans une série d'affaires (2).

1. Principes

208. Des devoirs pèsent sur tout qui prend l'initiative de communiquer au public une information. Afin de sérier les questions, il est permis de distinguer les obligations extrinsèques – relatives à la *licéité* des informations diffusées – des obligations intrinsèques – qui se rapportent plus particulièrement à la *qualité* (exactitude, fraîcheur...) de l'information.

209. Par *licéité* des informations diffusées, on entend, plus précisément, les conditions de légalité dans lesquelles elles ont été collectées, traitées et portées à la connaissance du public. Les situations litigieuses possibles sont légion: contrefaçon de droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers sur tout ou partie du contenu diffusé; violation de dispositions inscrites dans la législation protectrice de la vie privée à l'égard des traitements automatisés de données à caractère

1. Pour un plus ample développement, voir E. MONTERO, 'La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux', *o.c.*, spéc. pp. 292-293, n°s 544-545.

personnel; méconnaissance de dispositions légales interdisant la divulgation de certains secrets (on songe, notamment, au secret médical ou au secret de l'instruction judiciaire); diffusion d'informations à caractère diffamatoire, raciste, révisionniste ou négationniste, contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, incitant au crime ou à la violence...

Dans les différentes hypothèses évoquées, il est surtout question d'une responsabilité – pénale et/ou civile – à l'égard de tiers (et non à l'égard du destinataire de l'information litigieuse): atteintes à l'honneur, à la réputation, à l'image ou au respect de la vie privée de la personne visée par l'information... Ce contentieux soulève d'ordinaire un conflit de valeurs particulier qui, pour être tranché par le juge, nécessite une mise en balance ou pondération des droits et libertés concurrents: liberté d'expression et de presse, d'un côté, droit à l'image, à l'honneur ou la réputation, au respect de la vie privée..., de l'autre. La portée et la mise en œuvre de cette méthode de résolution des conflits a déjà été largement illustrée tant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, livre 26, vol. 1, n^{os} 20 et s.) que dans celle des cours et tribunaux de Belgique (*supra*, livre 26^{bis}, vol. 2, *passim*).

210. Une information collectée et communiquée dans le respect des règles légales particulières peut néanmoins s'avérer inexactes, incomplètes ou périmées et, de ce fait, se trouver à l'origine d'un dommage. Les victimes peuvent être non seulement des tiers concernés par l'information¹, mais aussi les destinataires, directs ou indirects, de celle-ci.

Sont ici plus particulièrement en cause la rigueur du travail d'investigation, de collecte et de vérification des données, ainsi que le soin et la prudence mis dans l'élaboration et la présentation de l'information délivrée. En d'autres termes, il est moins question de la violation d'une règle légale à caractère déterminé que de la transgression du devoir général de prudence et de diligence qui s'impose à tous. Pour apprécier les responsabilités, les cours et tribunaux se référeront utilement, en particulier, à l'abondante jurisprudence relative à la responsabilité des dispensateurs de renseignements commerciaux ou administratifs².

2. *Aperçu jurisprudentiel*

211. Notre intention n'est pas ici d'offrir une revue exhaustive de la jurisprudence, mais plutôt de faire état de quelques décisions choisies à des fins d'illustration.

La responsabilité de celui dont émane le contenu litigieux, et non d'un intermédiaire, a surtout été mise en cause et retenue dans des cas de contrefaçon d'œuvres protégées par des droits intellectuels, de diffamation ou calomnie et de diffusion de propos racistes ou xénophobes.

212. Dans le registre de la propriété intellectuelle, les affaires Brel et Sardou ont été emblématiques en jurisprudence française. Elles ont donné lieu à deux ordonnances de référé du 14 août 1996³. Des étudiants de l'Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications et de l'Ecole Centrale de Paris avaient numérisé des chansons de Brel et Sardou, puis les avaient insérées dans leurs pages web hébergées sur le serveur de leur institution, les rendant ainsi disponibles sur l'internet. Inquiétés par les titulaires des droits sur les œuvres contrefaites, les étudiants ont tenté de tirer parti de l'exception de copie privée, en soutenant que

1. Par exemple, des renseignements inexacts relatifs à l'insolvabilité d'une entreprise peuvent être ruineux pour cette dernière.

2. Pour un exposé de cette jurisprudence, voir E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, *o.c.*, pp. 105 à 130, n^{os} 39 et s.

3. Cf. la décision 'Brel': T.G.I. Paris (réf.), 14 août 1996, *D.*, 1996, p. 490, note P.-Y. GAUTIER, *Expertises*, 1996, p. 315, et le commentaire de M.-H. TONNELIER et S. LEMARCHAND, pp. 292-293, *D.I.T.*, 1996/4, p. 31.

leurs pages personnelles étaient assimilables à un 'domicile virtuel'. Tout en saluant l'originalité de l'argument, le tribunal a refusé de suivre les étudiants. En l'espèce, ils ont méconnu, à un double titre, les droits des auteurs: d'une part, la numérisation étant une reproduction, la copie des œuvres protégées nécessitait une autorisation des ayants-droit, *quod non*, d'autre part, il y avait atteinte au droit de communication au public puisque les œuvres avaient été mises à disposition du public sans autorisation. Le tribunal s'est borné à constater que le trouble illicite avait cessé étant donné que, dès réception des assignations, les écoles avaient fait diligence pour rendre les sites concernés inaccessibles. Pour autant que de besoin, il a également fait interdiction aux étudiants de mettre leurs pages web privées contenant les œuvres contrefaites à la disposition des usagers de l'internet, sous astreinte de 10.000 FF par infraction constatée.

Dans la même veine, on épingle aussi l'ordonnance de référé rendue dans l'affaire Queneau¹. En l'espèce, un chercheur de l'université de Paris VIII avait mis des œuvres de Raymond Queneau sur son site, hébergé sur un serveur créé par un étudiant dans le cadre d'un mémoire accepté par l'université. Dans le cadre d'une assignation en référé par le fils et unique héritier de l'écrivain, le tribunal considère qu'il est question, ici aussi, d'actes de reproduction et de communication au public, non autorisés, d'une œuvre protégée par des droits d'auteur. Alors que le programme ne permettait de visualiser qu'un seul poème à la fois, l'exception de courte citation a été écartée dès lors que le procédé employé permettait dans l'absolu 'la reconstitution intégrale de l'œuvre par rapprochement de citations successives'. L'exception de copie privée n'a pas davantage été retenue au motif qu'en 'permettant à des tiers connectés au réseau Internet de visiter ses pages et d'en prendre éventuellement copie', le chercheur 'a favorisé l'utilisation collective de sa reproduction'².

En jurisprudence française, on relève encore, pour mémoire, la fameuse affaire du livre du docteur Gübler. En janvier 1996, peu de temps après la mort de François Mitterand, son médecin personnel et un journaliste publient un livre relatant l'évolution de la maladie du président. La famille Mitterand introduit une action en référé et obtient le retrait du livre de la vente pour atteinte à la vie privée et violation du secret médical. Un cafetier de Besançon prend alors l'initiative de scanner l'ouvrage et de le mettre sur son site web. Le site est fermé quelques jours plus tard pour des raisons étrangères à l'affaire, mais entre-temps le mal était fait: le livre avait déjà été reproduit sur plusieurs sites en France et à l'étranger. Aucune action judiciaire n'a été intentée contre le cafetier. A l'époque, la plupart des médias ont stigmatisé, à tort, un 'vide juridique' en la matière. En réalité, le gérant du cybercafé avait commis plusieurs fautes indiscutables tant en droit français qu'au regard du droit de nombreux Etats: reproduction et communication au public d'une œuvre, sans autorisation, atteinte à la vie privée de la famille de François Mitterand et au secret médical par complicité et/ou recel.

213. La liberté d'expression des opinions est au centre de plusieurs affaires concernant la mise en ligne d'informations estimées diffamatoires ou calomnieuses. On se contente de mentionner deux décisions belges.

Dans une première affaire, les demandeurs – l'évêque de Liège et l'a.s.b.l. Evêché de Liège – sollicitaient, notamment, la suppression du contenu du site web 'nopedo.org' au motif que le mouvement raëlien y mettait gravement en cause l'Eglise catholique. En l'espèce, il n'est pas fait grief aux Raëliens d'avoir voulu attirer l'attention du public sur les problèmes de pédophilie et, en particulier, sur

1. T.G.I. Paris (réf.), 5 mai 1997, *Expertises*, 1997, p. 242, et les commentaires d'A. LUCAS, pp. 219 et s., *J.C.P.*, éd. G, 1997, II, n° 22.906.

2. Comp. T.G.I. Paris (réf.), 10 juin 1997, disponible sur juriscom.net, avec le commentaire de L. THOUMYRE (il s'agit d'une nouvelle affaire relative à la mise en ligne de l'œuvre de Raymond Queneau sur un intranet cette fois: en l'espèce, le tribunal, concluant à l'absence de contrefaçon, a refusé de faire droit aux prétentions de l'héritier).

les actes de pédophilie commis par des prêtres catholiques. Après avoir rappelé que ‘l’expression des opinions doit se faire dans le respect de l’honneur et des droits des individus et des organisations auxquelles ils appartiennent; que pour ce faire, tout terme calomnieux ou diffamatoire doit être absent de la critique formulée’, la Cour d’appel de Liège considère, *in casu*, que le mouvement raëlien a apparemment calomnié l’Eglise et son clergé: ‘les termes employés sur le site paraissent de nature à créer un amalgame préjudiciable à l’honneur des nombreux prêtres catholiques qui poursuivent leur apostolat sans tomber dans la déviance sexuelle de la pédophilie (...)’. Elle réforme dès lors l’ordonnance de référé entreprise, qui avait débouté les demandeurs en première instance, et ordonne deux mesures provisoires, assorties d’astreinte à charge de l’auteur du site et de son hébergeur: la suppression de certains passages et la retranscription *in extenso* d’une partie de la décision dans une rubrique du site¹.

Une autre affaire concerne des propos tenus par un auxiliaire de police dans un forum de discussion et estimés injurieux, diffamatoires et calomnieux par la personne visée, qui n’est autre qu’un député de la Région de Bruxelles-Capitale. Aux fins d’obtenir une interdiction de diffusion des propos litigieux, la victime intente une action en référé devant le Tribunal de première instance de Bruxelles. Après avoir rappelé que la liberté d’expression est conçue largement, sans être toutefois absolue, le Président du Tribunal estime que le défendeur a outrepassé les limites de l’acceptable et ordonne la suppression d’une série de messages jugés apparemment calomnieux². L’ordonnance est intéressante à plusieurs titres. Tout d’abord, on retient que la procédure de référé – qui réclame l’urgence – peut être intentée tant que les propos litigieux demeurent accessibles sur l’internet³, ce qui paraît contestable. Ensuite, on remarque que si les actions en justice sont en principe prescrites après un certain délai, s’agissant de propos diffusés sur le web, pareil délai ne commence pas à courir aussi longtemps que les propos sont accessibles. Autrement dit, il n’y a pratiquement pas de limites aux actions intentées contre de tels messages; cette position apparaît également discutable⁴.

214. En jurisprudence belge, plusieurs décisions relativement récentes concernent la diffusion de propos à connotation raciste et xénophobe dans un forum de discussion.

Ainsi, un officier de la police judiciaire a été condamné, par un jugement du 22 décembre 1999, à une peine de prison et à une amende pour avoir posté dans un *newsgroup* des messages faisant état d’émeutes survenues à Anderlecht ou Schaerbeek et contenant des propos haineux, tenus principalement à l’encontre de la communauté marocaine de Belgique, de la communauté africaine, du Roi Hassan II et du directeur du Centre pour l’égalité des chances⁵. Le prévenu est tenu, par ailleurs, de verser 100.000 BEF à la partie civile – le Centre pour l’égalité des chances – en raison de l’acharnement haineux voué à son directeur. Sous la seule réserve du montant de ces dommages et intérêts (ramenés à 1 BEF), le jugement est confirmé, en appel, par la Cour de Bruxelles: même diffusés via l’internet, dans le cadre d’un forum de discussion, des messages racistes peuvent conduire à une condamnation de leur auteur sur le fondement de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie⁶.

Plusieurs enseignements intéressants peuvent être tirés de ces deux décisions.

1. Liège (1^{er} ch.), 28 nov. 2001, *J.T.*, 2002, p. 308, obs. A. CRUQUENAIRE et J. HERVEG.

2. Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2000, *AM*, 2001, p. 147, note M. ISGOUR, *J.T.*, 2002, p. 113, note E. WÉRY.

3. En l’espèce, les messages étaient archivés sur le forum et dès lors ils étaient toujours accessibles longtemps après leur première diffusion.

4. Pour un développement de cette double critique, voir les notes précitées de M. ISGOUR et E. WÉRY.

5. Corr. Bruxelles (55^e ch.), 22 déc. 1999, *AM*, 2000, p. 134, note D. VOORHOOF, *Computerr.*, 2000, p. 199, *Juristenkrant*, 2000, liv. 2, p. 9, *Rev. dr. étr.*, 2000, p. 121. A propos de cette affaire, voir aussi *supra*, livre 26, vol. 1, n^o 81.

6. Bruxelles (11^e ch., corr.), 27 juin 2000, *AM*, 2001, p. 142, note D. VOORHOOF, *Rev. dr. étr.*, 2000, p. 321.

Tout d'abord, il était notamment reproché à W.E. d'avoir commis des infractions à l'article 1^{er} de la loi du 30 juillet 1981 qui réprime l'incitation à la haine ou à la discrimination raciale, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal relatif à la calomnie ou à la diffamation: soit dans des réunions ou lieux publics; soit en présence de plusieurs individus dans un lieu non public, mais ouvert à un certain nombre de personnes ayant le droit de s'y assembler ou de le fréquenter; soit par des écrits imprimés ou non, des images ou des emblèmes affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés au regard du public; soit par des écrits non rendus publics, mais adressés ou communiqués à plusieurs personnes. En l'espèce, il est considéré, à juste titre, que la condition de publicité énoncée par l'article 444 est satisfaite: 'attendu que les *newsgroups* ou forums de discussion qui sont des lieux non publics mais ouverts à un certain nombre de personnes réunissent la condition de publicité requise par la loi'. Il ne fait pas de doute qu'un site web accessible à de nombreux internautes ou des messages diffusés par le biais d'une *mailing list* remplissent également cette condition, au contraire d'un courrier électronique adressé à une personne déterminée.

Ensuite, on relève que le tribunal correctionnel de Bruxelles s'est efforcé de déterminer si la diffusion de messages racistes ou xénophobes via l'internet, dans un *newsgroup*, constitue un délit de presse. Cette qualification requiert, parmi d'autres (*supra*, n° 169), une condition qui peut s'avérer problématique: un élément matériel, à savoir un écrit imprimé et publié. Sur ce point, à la faveur d'une interprétation évolutive, le tribunal considère, avec la majorité de la doctrine et de la jurisprudence (*supra*, livre 26, vol. 1, n°s 79 et s., et les réf.), que des délits de presse peuvent être réalisés par le biais de l'internet. On observe toutefois que le raisonnement tenu par le tribunal pour parvenir à cette conclusion était en l'espèce parfaitement superflu car, en toute hypothèse, la compétence du tribunal correctionnel était incontestable. En effet, depuis la modification – intervenue en 1999 – de l'article 150 de la Constitution (*supra*, livre 26, vol. 1, n° 77), la Cour d'assises n'est plus compétente en matière de délit de presse inspiré par le racisme et la xénophobie.

Dans une affaire similaire, où un certain V.B.T. est poursuivi pour avoir diffusé des propos à caractère raciste ou xénophobe dans un forum de discussion, la même chambre du même tribunal correctionnel de Bruxelles considère pareillement, de façon implicite mais certaine, que les circonstances de l'article 444 du Code pénal sont remplies *in casu*¹.

B. LA RESPONSABILITÉ DES FOURNISSEURS DE LIENS HYPERTEXTES

215. Les liens hypertextes sont de l'essence du web et permettent de structurer la multitude d'informations disponibles sur la toile, en reliant les documents les uns aux autres. Avec le développement de l'internet, les incertitudes juridiques liées à la responsabilité des créateurs de tels liens n'ont pas manqué de surgir. Avant d'aborder ces aspects, quelques précisions techniques sont apportées², dans la mesure où le type d'hyperlien utilisé peut avoir une incidence sur le régime juridique applicable.

216. On peut définir l'hyperlien comme 'la connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication (p. ex. le réseau internet)³. Il est

1. Corr. Bruxelles (55^e ch.), 15 janv. 2002, *Revue Ubiquité*, 2002, p. 73, note P. VALCKE et C. UYTENDAELE.

2. Sur les aspects techniques, voir not. la Recommandation 'Hyperliens: Statut juridique' du Forum des droits sur l'internet, 3 mars 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=507>, pp. 6-15; A. STROWEL, 'Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'internet. A propos des hyperliens', *AM*, 1998, pp. 296 et s.; S. DUSOLIER, 'Les outils de références: les cartes au trésor de l'internet', in E. MONTERO (sous la dir. de), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Cahier du CRID n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 33-37.

3. Recommandation 'Hyperliens: Statut juridique' du Forum des droits sur l'internet, *o.c.*, p. 12.

composé d'un élément actif ou activable (le pointeur), derrière lequel se cache l'adresse de destination. Si le pointeur prend souvent la forme d'un texte, différencié du reste du document par sa couleur, il peut également s'agir d'un logo, d'une image ou de tout autre fichier interactif.

On dénombre plusieurs types d'hyperliens. On distingue ainsi le lien activable et le lien automatique: le premier doit être activé directement par l'internaute (en cliquant sur le pointeur), alors que le second est activé automatiquement (le document auquel il renvoie est affiché directement à l'écran, sans intervention de l'internaute). On oppose aussi le lien simple, qui renvoie à la page d'accueil du site (*home page*), au lien profond (*deep linking*) qui pointe directement vers les pages secondaires du site visé. Le mode de présentation du contenu visé par l'hyperlien peut aussi varier: tantôt le contenu lié remplace la page initiale, tantôt une nouvelle fenêtre apparaît, tantôt encore le contenu visé est présenté dans un cadre (*framing*) ou un emplacement spécifique du site initial (*in line linking* ou *inlining*). Dans ces deux derniers cas, on parle aussi de 'transclusion': les données proviennent souvent d'un autre site web et l'objectif est moins de pointer des informations que de les rapatrier depuis des ressources extérieures¹.

217. Après un rappel des principes régissant l'établissement des liens hypertextes (1), les développements porteront plus spécifiquement sur la création d'hyperliens renvoyant vers des contenus illicites (2).

1. Principes régissant l'établissement de liens hypertextes

218. L'étude des principes régissant l'établissement des liens hypertextes exige un détour par différentes branches du droit². Dans ce cadre, la réflexion doit nécessairement passer par les règles ressortissant à la propriété intellectuelle: droits d'auteur (droits patrimoniaux et droits moraux), droit *sui generis* en matière de bases de données et droit des marques. Le droit de la concurrence et certaines dispositions de la loi sur les pratiques du commerce peuvent également être invoqués. Enfin, on peut constater une atteinte à des droits de la personnalité dès lors que le lien hypertexte est présenté dans un contexte préjudiciable.

Il n'est naturellement pas possible, dans le cadre de ce traité, de consacrer de longs développements à la question. Qu'il nous soit néanmoins permis de rappeler le principe de liberté qui prévaut en la matière et de présenter l'une ou l'autre hypothèse dans lesquelles l'établissement du lien est considéré comme fautif et dès lors susceptible d'engager la responsabilité du créateur de celui-ci.

219. En principe, pour autant qu'il respecte les droits des tiers, tout titulaire de site web est libre d'établir des liens hypertextes vers le site d'autrui.

1. *Ibid.*, p. 10.

2. Sur ces questions, voir A. STROWEL, 'Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'internet. A propos des hyperliens', *o.c.*, pp. 300 et s.; S. STAUB, 'Propriété intellectuelle, concurrence déloyale et informations 'sensibles'. Les incidences juridiques des liens hypertextes', *Expertise*, nov. 1998, p. 341; V. SPACENSKY-RIFF, 'Promotion d'un site web et risques encourus. Quelle responsabilité pour les outils de recherche et les créateurs de liens hypertexte?', *Légipresse*, 1998, n° 150-II, pp. 34-37; S. DUSOLIER, 'Les outils de références: les cartes au trésor de l'internet', *o.c.*, pp. 37-42; C. ROKINSKY, 'Un clic de trop. Le droit menace-t-il les hyperliens?', *Expertises*, janv. 2000, pp. 431-432; X. RAGUIN, 'Hyperlien et contrefaçon', *Légipresse*, 2000, n° 176-II, pp. 124-125; T. VERBIEST, 'Liens hypertextes: quels risques juridiques pour les opérateurs de sites Web?', <http://www.juriscom.net>, 9 mai 2000, n° 3 et s.; A. STROWEL et N. IDE, 'La responsabilité des intermédiaires sur Internet: Actualités et questions des hyperliens', *R.I.D.A.*, 2000, n° 186, pp. 29 et s.; C. CARON, 'Les liens hypertextes entre propriété intellectuelle et concurrence déloyale', note sous Comm. Paris, 26 déc. 2000, *Communication-Commerce électronique*, mars 2001, p. 21; A. LUCAS, 'La responsabilité civile des acteurs de l'internet', *AM*, 2001, pp. 46-47; T. VERBIEST et G. D'UDEKEM, 'Responsabilité des fournisseurs d'hyperliens et de moteurs de recherche: derniers développements', <http://www.droit-technologie.org>, 18 août 2003. Voir aussi la Recommandation 'Hyperliens: Statut juridique' du Forum des droits sur l'internet, 3 mars 2003, *o.c.*, pp. 16 et s.

Divers facteurs interviennent pour apprécier le comportement du créateur de liens, tels que le type de lien utilisé, l'éventuelle présence, sur le site visé, de mentions interdisant les hyperliens ou encore le contexte technologique¹. Concrètement, si le fournisseur du lien désire pointer la page d'accueil d'un autre site (lien simple), il n'est pas tenu de requérir une autorisation. En revanche, s'il s'agit d'un lien profond qui renvoie directement à un fichier téléchargeable (fichier word ou pdf, p. ex.), une autorisation devrait être demandée. Il en va de même en cas de recours à une technique de transclusion (*framing* ou *inlining*) dans la mesure où ce mécanisme peut conduire à s'approprier le contenu d'autrui. Le droit moral au respect de l'intégrité de l'œuvre peut aussi être mis en péril si, en cas de recours à la technique du *framing*, par exemple, l'internaute ne peut avoir accès à l'intégralité de l'œuvre provenant du site visé ou si le contenu est placé dans un environnement préjudiciable à l'honneur et à la réputation de l'auteur. Le droit des marques pourrait aussi intervenir si le pointeur reprend la marque de l'éditeur du site cible ou son logo. On peut aussi constater une atteinte au droit de la concurrence et à certaines dispositions de la loi sur les pratiques du commerce (art. 93 notamment) lorsque l'internaute est conduit vers une page intérieure du site, sans passer par la page d'accueil (*deep linking*) ou ne voit qu'une partie du site lié (*framing* ou *inlining*)². Ce faisant, il passe, en effet, à côté d'éventuelles publicités diffusées sur la page d'accueil ou sur d'autres pages qui lui échappent pareillement.

2. La fourniture de liens hypertextes renvoyant vers des contenus illicites

220. En l'absence de régime d'exonération de responsabilité, il convient de s'en remettre au droit commun. Outre les règles relatives aux droits d'auteur ou aux pratiques du commerce, les articles 1382 et 1383 du Code civil sont applicables³.

Il faut souligner à cet égard que la jurisprudence est loin d'être fixée; il est dès lors délicat de tirer des conclusions définitives. Divers critères ont néanmoins été établis par la doctrine et la jurisprudence pour apprécier la responsabilité du fournisseur de liens hypertextes, inspirés notamment des régimes instaurés par la directive sur le commerce électronique.

221. Il faut rappeler, en effet, que le régime de responsabilité du fournisseur de liens hypertextes n'est pas régi par la directive sur le commerce électronique, ni par la loi belge de transposition.

L'article 21, § 2, de la directive sur le commerce électronique charge néanmoins la Commission de présenter un rapport, avant le 17 juillet 2003, pour analyser la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes. Dans son premier rapport sur l'application de la

1. En effet, si grâce à l'évolution technologique, il devient possible d'empêcher la création d'hyperliens (simples ou plus complexes – *inlining* ou *deep linking*) vers son site web, on pourrait estimer que la non utilisation de ces techniques vaudrait implicitement autorisation de créer des liens (A. STROWEL, 'Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'internet. A propos des hyperliens', *o.c.*, pp. 301-302).

2. Voir par exemple Bruxelles, 19 sept. 2002, *J.T.*, 2002, p. 789, où la Cour d'appel estime en l'espèce que le lien hypertexte litigieux ne constitue pas un acte de concurrence parasitaire.

3. Voir sur ce thème, voir T. VERBIEST et G. D'UDEKEM, 'Responsabilité des fournisseurs d'hyperliens et de moteurs de recherche: derniers développements', *o.c.*, 18 août 2003; C. ROJINSKY, 'Sens interdit – La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible', *Cahier Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, n° 155, févr. 2003, pp. 1-10; B. DE GROOTE, 'De onrechtmatige daad op internet', *o.c.*, pp. 721 et s., n°s 1283 et s.; T. VERBIEST et E. WÉRY, 'La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés', *Légipresse*, n° 181-II, pp. 52-53, IDEM, 'La responsabilité des fournisseurs de services Internet: derniers développements jurisprudentiels', *J.T.*, 2001, pp. 171-172; C. ROJINSKY, 'Un clic de trop. Le droit menace-t-il les hyperliens?', *o.c.*, pp. 430-431; A. STROWEL et N. IDE, 'La responsabilité des intermédiaires sur Internet: Actualités et questions des hyperliens', *o.c.*, pp. 99 et s. et la jurisprudence citée. Voir aussi la Recommandation 'Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites?' du Forum des droits sur l'internet, 23 oct. 2003.

directive¹, la Commission analyse la situation et constate que, si certains Etats membres ont prévu des limitations de responsabilité pour les fournisseurs de liens hypertextes, en leur appliquant le régime des prestataires d'hébergement², d'autres se sont abstenus. Elle relève néanmoins que les cours et tribunaux ont été saisis du problème. Le rapport ajoute que 'la Commission continuera, conformément à l'article 21, à suivre et à analyser rigoureusement tout nouveau développement, y compris dans les législations nationales, la jurisprudence et les pratiques administratives relatives à la responsabilité des intermédiaires et examinera la nécessité d'adapter le cadre actuel pour tenir compte de ces développements, par exemple d'ajouter des limitations supplémentaires de responsabilité pour d'autres activités comme la fourniture de liens hypertexte ou de services de moteurs de recherche'³.

222. Pour l'heure, en l'absence de régime spécifique, on peut estimer que si le fournisseur du lien hypertexte a connaissance du caractère illicite du site auquel renvoie son hyperlien, il peut difficilement échapper à une mise en cause de sa responsabilité civile et/ou pénale⁴: comme l'a affirmé la Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 13 février 2001, 'la mise en place de liens hypertextes vers des fichiers illicites alors que l'on connaît ou doit connaître leur caractère illégal constitue une faute'⁵.

Des incertitudes apparaissent néanmoins dans l'hypothèse où le fournisseur ignore que le site auquel il renvoie présente un caractère illicite ou préjudiciable. Dans ce cadre, peut-on attendre de lui qu'il vérifie, avant la création du lien, l'apparente conformité au droit du contenu auquel il désire renvoyer? Si certains paraissent être favorables à cette idée⁶, d'autres préfèrent au contraire un régime comparable à celui des prestataires d'hébergement⁷. En s'inspirant de l'article 20 de la loi belge du 11 mars 2003, le fournisseur ne serait pas responsable s'il n'a pas une connaissance effective du fait que le site lié propose des contenus illicites ou s'il agit promptement pour retirer le lien hypertexte dès qu'il a une telle connaissance.

Lorsque le fournisseur crée manuellement un lien hypertexte, sa responsabilité pourrait être engagée s'il pouvait raisonnablement douter de la licéité du site lié⁸.

1. Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ('directive sur le commerce électronique'), COM, 21 nov. 2003, 702 Final, p. 14 (ci-après Premier rapport de la Commission).

2. L'Espagne, le Portugal, l'Autriche et le Liechtenstein ont ainsi choisi le modèle de l'article 14 de la directive (hébergement) pour les hyperliens (premier rapport de la Commission, précité, p. 14, note 68).

3. Premier rapport de la Commission, précité, p. 15.

4. T. VERBIEST et E. WÉRY, 'La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés', *Légipresse*, n° 181-II, p. 52. C. Rojinsky ('Sens interdit – La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible', *o.c.*, p. 11) estime qu'il faut se fonder sur 'la finalité qu'a assigné l'auteur au lien qu'il a établi'. Dans ce cadre, il cite un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui sanctionne le créateur du lien renvoyant vers un contenu illicite dans la mesure où il s'est 'volontairement et délibérément associé [au contenu du site] dans un but déterminé' (Paris, 19 sept. 2001, *Légipresse*, 2001, n° 186-III, p. 196).

5. Bruxelles (8^e ch.), 13 févr. 2001, *AM*, 2001, p. 279, *Computerr.*, 2001, p. 144, note S. CATTOOR et T. HEREMANS, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2001, p. 422, *Mediaforum*, 2001, p. 168, note K. KOELMAN, *R.W.*, 2000-01, p. 1564.

6. C. CURTELIN, 'L'utilisation des liens hypertextes, des *frames* ou des métatags sur les sites d'entreprises commerciales', *D.I.T.*, 1999/3, p. 14; Recommandation 'Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites?' du Forum des droits sur l'internet, 23 oct. 2003, <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-resphyli-20031023.pdf>, pp. 9-10, qui vise le créateur manuel d'hyperlien. Il appartient dès lors à celui qui se prévaut du caractère illicite du site lié de démontrer qu'au moment de l'établissement du lien, le fournisseur avait connaissance de ce caractère illicite.

7. T. VERBIEST et E. WÉRY, 'La responsabilité des fournisseurs de services Internet: derniers développements jurisprudentiels', *J.T.*, 2001, p. 172; B. DE GROOTE, 'De onrechtmatige daad op internet', *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, XXVIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2000-2001, Anvers, Kluwer, 2002, pp. 730-731 et s., n°s 1305-1308.

8. Si le nom de domaine du site laisse supposer un caractère illicite, par exemple.

Quoi qu'il en soit, par la suite, on ne peut exiger du fournisseur qu'il vérifie régulièrement le contenu des sites liés.

Il reste cependant tenu de supprimer le lien dès qu'il a connaissance du caractère illicite du site lié. Encore faut-il démontrer qu'il possède une telle connaissance. A cet égard, la mise en place d'une procédure de notification et de retrait, comparable à celle du *Digital Millenium Copyright Act* américain de 1998, est à encourager¹. L'article 512 (d) prévoit, en effet, moyennant le respect de certaines conditions², une exonération du fournisseur de services qui renvoie ou lie les usagers à un site contenant du matériel illicite ou développant une activité illicite, au moyen d'un outil de localisation de l'information, et notamment un lien hypertexte. Dans ce cadre, une procédure de notification et de retrait (*notice and take down*) est prévue pour ménager les intérêts des parties³. La Commission européenne précise dans son rapport que seule la Finlande – et l'Islande pour l'Espace Economique Européen – a prévu une procédure de notification et de retrait, et uniquement pour les infractions aux droits d'auteur⁴, les autres Etats privilégiant plutôt l'auto-réglementation.

Sur l'opportunité d'agir par la voie législative sur la question, la Commission estime que 'l'analyse des travaux sur les procédures de notification et de retrait montre que, s'il n'existe pas encore de consensus, il semblerait que les parties intéressées soient parvenues à un accord en ce qui concerne les éléments essentiels qu'il conviendrait de prendre en considération. Même s'il apparaît que les parties intéressées doivent encore poursuivre leurs travaux en vue de clarifier un certain nombre de problèmes en suspens, la Commission estime qu'à ce stade, rien ne justifie une initiative au plan législatif'⁵.

On n'ignore pas que l'appréciation du caractère illicite peut se révéler problématique. Assurément, dans certaines hypothèses, l'illicéité est flagrante et le fournisseur du lien ne devrait pas éprouver de difficultés particulières: ainsi en est-il des sites qui diffusent des images à caractère pédophile. Par contre, s'agissant de contenus injurieux, diffamatoires ou d'actes de contrefaçon, la solution est nettement moins évidente. A tout le moins, on pourrait faire intervenir les autorités judiciaires dans la procédure pour éviter de faire peser tout le poids de l'appréciation du caractère illicite sur le prestataire (voir le régime du prestataire d'hébergement, prévu dans la loi du 11 mars 2003, art. 20 – *supra*, n° 204)

223. En Belgique, dans les quelques décisions rendues en matière de liens renvoyant vers des sites qui offrent la possibilité de télécharger de la musique au format MP3, ces problèmes d'appréciation ne se sont pas posés. Dans une affaire mettant en cause un étudiant proposant près de 25 000 liens vers des fichiers MP3, le président du Tribunal de première instance d'Anvers a estimé que celui-ci 'a eu l'intention d'établir des liens vers des sites qui permettent de télécharger de la musique de façon illégale, c'est-à-dire sans payer à son titulaire des droits d'auteur. Le téléchargement de morceaux de musique protégés par le droit d'auteur constitue un délit. Ce fut même considéré comme illégal par le défendeur. La fourniture de liens hypertextes – en l'occurrence une véritable

1. A. STROWEL, 'Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'internet. A propos des hyperliens', *o.c.*, pp. 305-306; B. DE GROOTE, 'De onrechtmatige daad op internet', *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, XXVIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2000-2001, Anvers, Kluwer, 2002, pp. 734 et s., n°s 1316 et s.

2. Il ne doit pas avoir connaissance du caractère illicite de l'information ou de l'activité ou ne pas être conscient de faits ou de circonstances qui révèlent manifestement l'existence d'une activité illicite et agir promptement pour retirer le lien dès qu'il a connaissance de l'activité illicite.

3. Pour une explication de cette procédure, voir E. MONTERO, 'La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux', in E. MONTERO (sous la dir. de), *Le commerce électronique sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 292-293, n° 545.

4. Premier rapport de la Commission, précité, p. 16.

5. *Ibid.*

discothèque d'hyperliens – sur un site web a pour objectif d'assister le candidat usager en lui offrant la clé nécessaire pour télécharger illégalement de la musique. Le fournisseur d'une telle clé rend directement possible la commission du délit et est dès lors responsable¹. Ce faisant, et même s'il ne le dit pas expressément, le juge a appliqué la théorie de la complicité du fournisseur du lien aux actes de reproductions commis par les internautes².

224. Des doutes existent également sur la question de l'imputabilité de la responsabilité en cas de fourniture de liens hypertextes vers des contenus illicites³. Divers intermédiaires interviennent en effet : parmi les principaux, citons le titulaire du site diffusant le contenu illicite et son prestataire d'hébergement, d'une part, le créateur du lien hypertexte renvoyant vers ce contenu et son prestataire d'hébergement, d'autre part. En principe, la victime peut se retourner contre n'importe lequel de ces prestataires – étant entendu que depuis la directive sur le commerce électronique et les lois de transposition, les prestataires d'hébergement bénéficient d'un régime d'exonération de responsabilité (sous conditions). Le bon sens recommande de s'attaquer dans un premier temps aux titulaires des sites proposant les contenus illicites (et le cas échéant au prestataire hébergeant ces sites), ensuite à ceux établissant des hyperliens vers eux et enfin au prestataire d'hébergement des sites contenant les hyperliens.

Cela étant, si le titulaire du site au contenu illicite (ou son hébergeur) est établi à l'étranger ou est difficilement identifiable, par souci d'efficacité, les demandeurs préfèrent souvent s'attaquer directement au prestataire le plus facilement identifiable et le plus solvable, à savoir le créateur de liens hypertextes vers ce site ou son prestataire d'hébergement. C'est leur droit le plus strict⁴. Il semble dès lors abusif d'exiger de la victime qu'elle agisse (ou qu'elle tente d'agir) préalablement contre l'éditeur ou l'hébergeur du site litigieux⁵, même s'il est vrai que sans une procédure au fond à leur encontre, le problème persistera et justifiera d'autres actions.

1. Prés. Civ. Anvers, 21 déc. 1999, *Computerr.*, 2000, p. 247 (traduction libre). Cette décision a été frappée d'appel mais l'action fut déclarée non fondée. Voir aussi, en matière de renvoi à des sites proposant de télécharger de la musique au format MP3, Prés. Comm. Bruxelles, 2 nov. 1999, *AM*, 1999, p. 474, note, *Computerr.*, 2000, p. 36, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 1999, p. 747, *Juristenkrant*, 1999 (reflet R. DE CORTE), liv. 9, p. 1, réformé en appel par Bruxelles (8^e ch.), 13 févr. 2001, *AM*, 2001, p. 279, *Computerr.*, 2001, p. 144, note S. CATTOOR et T. HEREMANS, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2001, p. 422, *Mediaforum*, 2001, p. 168, note K. KOELMAN, *R.W.*, 2000-01, p. 1564. Sur ce thème, voir aussi B. DE GROOTE, 'De onrechtmatige daad op internet', *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, XXVIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2000-2001, Anvers, Kluwer, 2002, pp. 723 et s., n^{os} 1286 et s.

2. A. STROWEL et N. IDE, 'La responsabilité des intermédiaires sur Internet : Actualités et questions des hyperliens', *o.c.*, p. 115.

3. Sur ce point, voir, not., A. STROWEL et N. IDE, 'La responsabilité des intermédiaires sur Internet : Actualités et questions des hyperliens', *o.c.*, pp. 127 et s.

4. Dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles (8^e ch.), 13 févr. 2001, *AM*, 2001, p. 279, *Computerr.*, 2001, p. 144, note S. CATTOOR et T. HEREMANS, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2001, p. 422, *Mediaforum*, 2001, p. 168, note K. KOELMAN, *R.W.*, 2000-01, p. 1564), les demandeurs ont directement attaqué le prestataire d'hébergement du site contenant des hyperliens vers d'autres sites permettant de télécharger de la musique au format MP3 (pour rappel, cet arrêt intervient avant la transposition de la directive sur le commerce électronique). A cet égard, la Cour estime que la circonstance que les intimés auraient pu également intervenir contre des tiers – ceux qui ont placé les contenus illicites sur leur site, leur prestataire d'hébergement, voire encore le client de Belgacom Skynet qui a placé les liens sur son site – n'a pas d'incidence (En ce sens, Prés. Civ. Anvers, 21 déc. 1999, *Computerr.*, 2000, p. 247). En l'espèce, la Cour a déclaré l'action non fondée. Elle ne légitime aucunement les liens renvoyant vers des contenus illicites ou les prestataires hébergeant ces sites. Elle se fonde plutôt sur une insuffisance de preuve ou des manquements dans la procédure de notification (il ne semble pas que la notification contienne expressément les éléments qui rendent admissible, pour un prestataire raisonnable, le caractère illégal des enregistrements musicaux, vers lesquels les sites hébergés par Belgacom Skynet renvoient, ou provenant de ces dits sites).

5. Voir cependant la Recommandation 'Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites?' du Forum des droits sur l'internet, 23 oct. 2003, *o.c.*, p. 9.

C. LA RESPONSABILITÉ DU FOURNISSEUR D'OUTILS DE RECHERCHE

225. L'internet met à disposition de tout internaute une quantité chaque jour plus importante d'informations. Pour lui permettre de naviguer efficacement, des outils de recherche sont à sa disposition, essentiellement les moteurs de recherche et les annuaires¹.

Le moteur de recherche (www.google.be, p. ex.) est 'un logiciel d'exploration, appelé 'robot', qui visite en continu les pages web et les indexe de manière automatique dans une base de données, en fonction des mots-clés qu'ils contiennent'². Le résultat de la recherche est présenté sous la forme d'une liste de documents hypertextualisés. Quant à l'annuaire (celui du site www.yahoo.fr, p. ex.), il est constitué par une liste de sites (ou, plus précisément de liens hypertextes renvoyant à ces sites), classés en catégories ou en sous-catégories en fonction des thèmes traités (voyage, santé, finance, etc.). Contrairement aux moteurs de recherches, qui parcourent la toile et indexent les sites automatiquement, les annuaires requièrent une double intervention humaine: celle du titulaire du site qui postule sa présence dans la liste et celle du gestionnaire de l'annuaire qui traite cette demande.

Pour une large part, on peut s'en remettre aux règles établies en matière de fourniture de liens hypertextes dans la mesure où les moteurs de recherche et les annuaires sont essentiellement une compilation de liens hypertextes. Dès lors, on développera uniquement l'hypothèse où le moteur de recherche ou l'annuaire indique un hyperlien qui renvoie à un contenu illicite.

226. A l'instar des liens hypertextes, le régime juridique des moteurs de recherche n'est pas réglé par la directive sur le commerce électronique. Dans son premier rapport sur l'application de la directive, la Commission a souligné que certains Etats avaient appliqué des limitations de responsabilité aux fournisseurs de services de moteurs de recherche³. Plus précisément, l'Espagne et le Portugal leur ont appliqué le régime des prestataires d'hébergement (art. 14 de la directive), alors que l'Autriche et le Liechtenstein ont opté pour le régime du simple transport (art. 12 de la directive).

Si le modèle du simple transport ne nous semble pas adéquat en ce qu'il place, de manière injustifiée, le fournisseur du service de moteur de recherche dans une position particulièrement favorable, le mécanisme régissant l'activité des prestataires d'hébergement nous paraît plus adapté à l'hypothèse qui nous occupe⁴. En effet, le fournisseur ne serait pas responsable s'il n'a pas une connaissance effective du fait que le site propose des contenus illicites ou s'il agit promptement pour retirer le site de la base de données dès qu'il a une telle connaissance (voir l'art. 20 de la loi du 11 mars 2003). On pourrait aussi s'inspirer de la procédure de notification et de contre-notification du *Digital Millenium Copyright Act* de 1998⁵ (sur ce point, voir *supra*, n° 222).

1. Pour reprendre les termes de M. VIVANT, 'Que serait l'internet sans moteur de recherche? Une sorte d'espace vierge au sein duquel il faudrait se déplacer sans carte ni boussole. Autrement dit: rien. Une sorte d'étonnant objet surréaliste où règnerait le hasard' ('A la recherche des moteurs', *Communication-Commerce électronique*, avril 2001, p. 8).

2. T. VERBIEST et E. WÉRY, 'La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés', *Légipresse*, n° 181-II, pp. 49-50.

3. Premier rapport de la Commission, précité, p. 14.

4. Des auteurs de doctrine sont également favorables à un tel système: il serait en effet 'injustifié, voire discriminatoire, de traiter plus sévèrement les fournisseurs de moteurs de recherches qui, objectivement, n'ont pas plus de contrôle sur les informations qu'ils référencent que les hébergeurs n'en ont sur les sites qu'ils hébergent' (T. VERBIEST et E. WÉRY, 'La responsabilité des fournisseurs de services Internet: derniers développements jurisprudentiels', p. 170; voir aussi B. DE GROOTE, 'De onrechtmatige daad op internet', *o.c.*, pp. 746 et s., n°s 1342 et s.).

5. T. VERBIEST et E. WÉRY, 'La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés', *Légipresse*, n° 181-II, p. 51.

Pour le reste, comme le recommande le Forum des droits sur l'internet, on ne peut exiger du fournisseur qu'il vérifie systématiquement les sites indexés par ses moteurs de recherches¹ ou qu'il 'mette en œuvre un procédé empêchant automatiquement, à l'aide d'un système de filtrage sur mots clés ou de toute autre technique automatique destinée à reconnaître des contenus, la fourniture d'hyperliens vers des contenus illicites, si ce procédé peut également conduire à supprimer la fourniture de liens vers des contenus licites'^{2,3}.

Des problèmes d'imputabilité pourraient aussi survenir. Dans une affaire soumise au Tribunal de grande instance de Paris⁴, une personne se plaignait de la diffusion de certaines photos sur un site web. L'éditeur supprima le reportage et les photos n'étaient donc plus accessibles à partir de son site web. Néanmoins, en passant par un moteur de recherche, le contenu litigieux demeurait consultable avec la mention 'pages cachées – pages similaires' (ce fut constaté par huissier). En l'espèce, le juge a estimé que l'éditeur du site avait fait preuve d'une négligence certaine dans la mesure où, 'ayant pris conscience de la nécessité d'expurger de son site le reportage en question, [il] ne jugeait pas utile de s'assurer qu'un important moteur de recherche ne permettait pas aux internautes de continuer à y avoir accès'. Un auteur se demande à cet égard si on n'est pas à l'aube d'une nouvelle forme de responsabilité, 'à savoir celle de l'éditeur en ligne du fait des moteurs de recherche qui continuent à mettre à disposition des pages web qu'il a bien retirées de son propre site'⁵.

227. Pour ce qui est des annuaires, on peut tirer le même enseignement, à cette différence près que lors du premier référencement, les fournisseurs devraient assumer une responsabilité éditoriale et vérifier si, manifestement, le contenu des sites qu'ils indexent n'est pas illicite⁶. Leur régime serait donc assez proche de celui des fournisseurs de liens hypertextes: dès lors que l'on ne peut exiger du gestionnaire de l'annuaire qu'il vérifie régulièrement le contenu des sites indexés, c'est à celui qui se prévaut du caractère illicite du site lié de démontrer qu'au moment du référencement, le fournisseur avait connaissance du caractère illicite.

1. L'absence d'obligation générale de surveillance est affirmée dans la directive sur le commerce électronique (art. 15) et la loi du 11 mars 2003 (art. 21), pour les activités que ces textes visent. Voir également, en matière de moteurs de recherche, Paris, 15 mai 2002, *Altavista c. Matelsom* (disponible sur www.foruminternet.org); Trib. gr. inst. Paris (réf.), 12 mai 2003, *Lorie c. M. G.S. et SA Wanadoo Portails* (disponible sur www.juriscom.net).

2. Pour une appréciation critique des outils de filtrage, voir T. VERBIEST et E. WÉRY, 'La responsabilité des fournisseurs de services Internet: derniers développements jurisprudentiels', p. 170.

3. Recommandation 'Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites?' du Forum des droits sur l'internet, 23 oct. 2003, *o.c.*, pp. 8-9.

4. Sur ce thème, voir Trib. gr. inst. Paris (réf.), 4 janv. 2002, *Légipresse*, 2002, n° 190-III, p. 63 et la note critique de C. ROJINSKI.

5. C. ROJINSKI, note sous Trib. gr. inst. Paris (réf.), 4 janv. 2002, *Légipresse*, 2002, n° 190-III, p. 66.

6. T. VERBIEST et E. WÉRY, 'La responsabilité des fournisseurs de services Internet: derniers développements jurisprudentiels', *o.c.*, p. 171; IDEM, 'La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés', *o.c.*, p. 52; Recommandation du Forum des droits sur l'internet, 'Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites?', du 23 oct. 2003, *o.c.*, p. 9. Voir aussi B. DE GROOTE, 'De onrechtmatige daad op internet', *o.c.*, pp. 751 et s., n°s 1355 et s.